UNIVERSITÉ DE BORDEAUX — FACULTÉ DE DROIT

LES TRANSFORMATIONS DE SOCIÉTÉS ET L'INTÉRÊT DES TIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux
le 6 mars 1951, à 15 h. 30

PAR

Jacques TREILLARD

BORDEAUX
IMPRIMERIE BIÈRE
18, 20, 22, rue du Peugue
—
1951

UNIVERSITÉ DE BORDEAUX — FACULTÉ DE DROIT

LES TRANSFORMATIONS DE SOCIÉTÉS ET L'INTÉRÊT DES TIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux
le 6 mars 1951, à 15 h. 30

PAR

Jacques TREILLARD

BORDEAUX
IMPRIMERIE BIÈRE
18, 20, 22, rue du Peugue
—
1951

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

POPLAWSKI, O. ✻, ✪ I., doyen, professeur de *Droit criminel,* chargé des cours de *Législation industrielle* (Licence et Doctorat), de *Droit pénal spécial* (Licence et Doctorat) et de *Droit criminel* (Capacité).

PALMADE, ✻, ✪ I., ⚜, professeur de *Droit commercial.*

BOYE, ✻, ✪ I., professeur de *Droit romain,* directeur de l'Ecole française de Droit du Caire.

LABORDE-LACOSTE, ✻, ✪ I., professeur de *Procédure civile et voies d'exécution,* chargé des cours de *Droit fiscal* (Licence et Doctorat) et de *Procédure civile et voies d'exécution* (Capacité).

GARRIGOU-LAGRANGE, ✻, ✪ I., professeur d'*Economie politique,* chargé des cours d'*Economie rurale* (Licence et Doctorat).

HUBRECHT, ✻, ✪ I., professeur d'*Histoire du droit* (Doctorat), chargé des cours de *Droit romain* (2e année de Licence) et de *Droit civil comparé* (Doctorat).

BRETHE DE LA GRESSAYE, ✻, ✪ I., Professeur de *Droit civil,* chargé des cours de *Droit des pays d'outre-mer* (Licence) et d'*Ethnologie juridique* (Certificat de droit et coutumes d'outre-mer).

ELLUL, ✪ A., professeur d'*Histoire du droit,* chargé des cours de *Pandectes* (Doctorat), d'*Histoire sociale* (Doctorat) et de *Philosophie du droit* (Doctorat).

DE JUGLART, ✻, ✪ A., professeur de *Droit civil,* chargé des cours de *Droit maritime* et de *Droit aérien* (Licence et Doctorat).

DUVERGER ✪ A., professeur de *Droit constitutionnel et science politique,* chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé* (Doctorat) et de *Science politique* (Doctorat).

LAJUGIE, ✪ A., professeur d'*Economie politique et science financière,* chargé des cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Doctorat) et d'*Economie d'outre-mer* (Certificat de droit et coutumes d'outre-mer).

PERRET, professeur de *Droit civil,* détaché au Caire.

ROUQUET LA GARRIGUE, professeur d'*Economie politique,* chargé d'un cours de *Techniques statistiques* (Doctorat).

MERIGOT, ⚜, professeur d'*Economie politique,* chargé d'un cours de *Théorie économique approfondie* (Doctorat) et d'*Economie régionale du Sud-Ouest* (Licence et Doctorat).

AUBY, agrégé (Droit public), chargé d'un cours de *Droit administratif approfondi* (Doctorat) et d'un *Cours de droit public* (Capacité).

MERLE, agrégé (Droit public), chargé d'un cours de *Droit public d'outre-mer* (Certificat de droit et coutumes d'outre-mer).

LAVIGNE, agrégé (Droit public), affecté à Fort-de-France.

FRIEDEL, agrégé (Droit privé), affecté à Fort-de-France.

GUGLIELMI, agrégé (Economie politique), affecté à Fort-de-France.

ROUXEL, chargé de cours (Droit romain et Histoire du droit).

Mlle FOURNIER, ✪ A., chargée de cours (Droit privé).

THAMAR, chargé de cours (Droit romain et Histoire du droit), affecté à Fort-de-France.

DERRUPPE, chargé de cours (Droit privé).

THIERRY, chargé de cours (Droit public).

LENOAN, chargé de cours (Economie politique).

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

M. ARTIGUELONG, ✪ I., *secrétaire principal.*
Mme COSTES, ✪ I., *secrétaire.*
Mme SOUBIE, ✪ I., *bibliothécaire.*

COMMISSION DE LA THÈSE

M. PALMADE, *professeur* ..... *Président.*
M. LABORDE-LACOSTE, *professeur* .....
M. ELLUL, *professeur* ..... } *Suffragants.*

A la mémoire de mon Maître :

le Doyen HENRI VIZIOZ.

INTRODUCTION

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41536508_0041

L'esprit d'entreprise est favorisé par une législation qui offre au public le vêtement convenable dont il peut habiller ses projets économiques.

Karl LEHMANN [1].

1. — Le Code civil propose aux futurs époux un grand choix de régimes matrimoniaux. De même, l'éventail de types de sociétés que le Code de commerce présente aux individus qui ont l'intention de s'associer est largement ouvert.

Cette possibilité de choix s'analyse dans les deux cas en un ensemble de moyens, de procédés que la loi a prévus et mis à la disposition des époux ou des associés pour leur permettre de réaliser leurs desseins. Selon les ressources dont ils disposent, le but qu'ils entendent atteindre, les uns et les autres choisiront telle forme de régime matrimonial ou telle forme de société qu'ils jugeront plus adéquate.

Mais diverses circonstances peuvent amener les associés, en cours de vie sociale, à changer la forme de leur société. De même, les fluctuations de la fortune des époux et la transformation corrélative de l'importance de leur patrimoine peuvent amener le mari et la femme à abandonner leur régime matrimonial pour en choisir un autre. Le Droit civil français n'organise pas la publicité du contrat de mariage. Aussi, dans l'*intérêt des tiers*, le législateur a-t-il posé, dans l'article 1395 du Code civil, la grande règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Tout au contraire, le Droit commercial, qui entoure de publicité toutes les opérations susceptibles d'intéresser les tiers, permet aux sociétés commerciales de changer de forme, moyennant certaines conditions. La possibilité de transformation des sociétés apparaît comme l'une des conditions essentielles de leur vie et de leur adaptation à l'évolution de l'économie du pays.

L'*intérêt des tiers* est l'une des règles directrices du Droit commercial, sous-jacente à toutes les institutions qu'il régit. L'application de cette règle est particulièrement utile dans le domaine du Droit des sociétés, où l'intérêt des tiers constitue la formule de limitation du mécanisme puissant et dangereux que constituent la plupart des sociétés. C'est ainsi, par exemple, que le gérant statutaire de la société en nom collectif a une plénitude de responsabilité, mais des pouvoirs

1. ZHR. 50/10 f., *Zeitschrift für das gesamte Handels-und Konkursrecht.*

limités. A l'inverse, dans la société à responsabilité limitée, il a la plénitude de pouvoirs mais ses agissements engagent la société; toute limitation contractuelle des pouvoirs du gérant est sans valeur à l'égard des tiers (art. 24 L. 7 mars 1925). La responsabilité de la société étant limitée, elle doit pouvoir, en contre-partie, jouer dans tous les cas [1]. Les tiers n'ont pour gage que le patrimoine social de la société, mais il faut qu'ils aient cette garantie, en toute hypothèse. Et si certains auteurs ont essayé d'introduire une distinction selon le caractère unitaire ou plural de la gérance [2], la jurisprudence la plus récente ne distingue pas : dans l'intérêt des tiers, les actes du ou des gérants engagent toujours la société à responsabilité limitée [3].

La division traditionnelle des sociétés, fondée sur l'*intuitus personae* et l'*intuitus pecuniae* est périmée. En réalité, la *summa divisio* des sociétés repose sur la garantie que les associés peuvent offrir aux tiers : ou bien leur responsabilité personnelle, ou bien un simple capital social.

L'*intérêt des tiers* est prédominant lorsqu'une société change sa forme. L'article 41 de la loi du 7 mars 1925, relatif à la transformation de la société à responsabilité limitée, le souligne en précisant que l'opération doit avoir lieu « sous réserve des droits des tiers ».

La jurisprudence tient le plus grand compte de l'*intérêt des tiers* et nous verrons que la Cour suprême, dans un arrêt du 17 juin 1936, a nettement attribué à cette notion le caractère d'un critère de base, en matière de transformation de société. En ce domaine, un critère est d'autant plus utile que le Droit français des transformations de sociétés est de création prétorienne. Si la loi du 24 juillet 1867 et la loi du 7 mars 1925 font furtivement allusion à la transformation de société, c'est uniquement pour signaler que l'opération est possible. Les conditions, les effets de l'opération, sont le résultat d'un travail jurisprudentiel. Travail patient, laborieux, qui est loin d'être achevé.

La jurisprudence civile n'est par la seule qui se soit intéressé à la transformation des sociétés. Le fisc, préférant son propre intérêt à celui des tiers, est souvent entré en conflit avec les solutions du Droit commercial. L'extension réalisée par le Droit fiscal est un fait. Certains peuvent le déplorer [4]. Mais les associés qui désirent transformer leur société doivent compter avec cette branche du Droit. D'ailleurs, l'obscurité et les contradictions du Droit fiscal peuvent servir leurs intérêts et beaucoup d'associés transformateurs pourront trouver dans la célèbre formule de Modestin, *in dubio contra fiscum,* une complicité appréciable.

---

1. V. Chapsal, Rapport au Sénat, séance du 18 novembre 1924, *Doc. parl.*, n° 29.

2. V. Bastian, « A propos de la pluralité de gérants dans les S.A.R.L. », *J.C.P.*, 1951-I-928.

3. Tribunal civil de Metz, 25 avril 1951, *Rev. Soc.*, 1952, 53.

4. V. le compte rendu du IIIe Congrès des S.A.R.L., *Rev. Trim. dr. com.*, 1950, 196.

Il nous a semblé bon, sur certains points de notre étude, d'élargir le débat et de pratiquer, chemin faisant, quelques incursions dans le Droit étranger. Le Droit allemand, où le problème de la transformation (*Umwandlung*) se pose dans les mêmes termes que le Droit français, a particulièrement retenu notre attention [1].

⁂

Avant d'aborder l'étude proprement dite de la transformation des sociétés, il semble indispensable d'esquisser la silhouette des divers types sociaux entre lesquels l'opération de transformation peut avoir lieu. La domaine d'application de la transformation étant ainsi défini, nous indiquerons les différents motifs qui peuvent inciter une société à changer sa forme.

SECTION I

DOMAINE D'APPLICATION DE LA THEORIE DES TRANSFORMATIONS DE SOCIETES

2. — Il importe à cette place de brosser à gros traits un tableau sommaire des diverses catégories juridiques de sociétés entre lesquelles l'opération de transformation peut s'effectuer. Ainsi sera défini le champ d'application de la notion. Bien qu'il s'agisse de notions élémentaires, il semble indiqué de mettre en relief avantages et inconvénients des différents types sociaux. Ce rappel aidera la compréhension des causes qui peuvent inciter une société à changer sa forme, en cours de vie sociale [1].

En principe, l'opération de transformation peut avoir lieu entre tous les types de sociétés. Mais, si les sociétés traditionnelles ont une physionomie bien accusée, il existe par contre certaines institutions, que le langage courant qualifie de « sociétés », mais dont la nature juridique demeure incertaine. Ainsi en va-t-il de la société à capital variable et de la « société de famille ». Sont-ce là de véritables types de sociétés ? Entrent-elles dans le domaine d'application de notre étude ?

§ 1. — LES TYPES CLASSIQUES DE SOCIÉTÉS.

3. — Les sociétés sont civiles ou commerciales. D'une manière générale, et réserve faite de certaines exceptions légales [2], c'est l'objet de la société qui sert de critère de distinction [3].

---

1. Le législateur nazi, en 1934 et 1937, a abondamment réglementé la matière. Ces lois sont encore en vigueur.

2. La règle de la commercialité de forme d'une part et la loi du 9 septembre 1919 qui a commercialisé l'exploitation des mines, dont l'objet était civil par nature.

3. V. par ex. Cass. req. 18 octobre 1943 (*S.*, 1944-1-17).

Les sociétés civiles connaissent aujourd'hui un regain d'actualité. Une ordonnance de 12 octobre 1945 est venue affirmer, dans son article premier, que les coopératives agricoles sont des sociétés [1] et des sociétés civiles [2]. Les traits caractéristiques de la société civile sont les suivants : la publicité n'est pas requise, il n'y a pas de solidarité entre les membres [3], et il n'y a ni liquidation judiciaire, ni faillite, au cas de cessation des paiements.

Les sociétés commerciales se subdivisent en sociétés de personnes, en sociétés de capitaux, et en sociétés à responsabilité limitée.

Dans les sociétés de personnes (sociétés en nom collectif et en commandite simple), l'*intuitus personae* joue à plein. Abstraction faite des commanditaires, la responsabilité des associés commandités et des associés en nom est illimitée et solidaire. Lourde menace qui explique pourquoi les sociétés de ce type sont conclues entre des individus, parents ou amis, qui se témoignent réciproquement une confiance absolue et qui, se connaissant bien, n'hésitent pas à se porter garants des engagements peut-être inconsidérés d'un des leurs. Les formalités de constitution de ces sociétés sont très simples.

Par contre, les sociétés de capitaux, telles qu'elles résultent de la loi du 24 juillet 1867, en permettant aux associés de limiter leur responsabilité au montant de leur mise et de quitter, en principe librement, la société, ont connu un succès considérable. Si la société en commandite par actions est en nette régression [4], l'autre type de société de capitaux, la société anonyme s'est, par contre, fortement implantée dans la vie commerciale. Il est juste d'affirmer, avec Walter Lippmann, que « le capitalisme moderne n'aurait pu se développer si la société par actions n'avait existé [5] ». Mais l'énorme avantage de la limitation de responsabilité est compensé par les formalités de constitution, longues et vétilleuses, et par l'exigence de sept associés au minimum.

La loi du 7 mars 1925 a créé en France la société à responsabilité limitée. Ce n'est ni une société de personnes, ni une société de capitaux. Elle a une nature juridique hybride. Ce type de société offre de gros avantages. La responsabilité des associés est limitée à la mise, deux associés seulement peuvent la constituer. Les associés ne sont pas commerçants, seule la société encourt la faillite. Enfin, le chiffre minimum du capital est de 50.000 francs. « C'est l'anonymat mis à la disposition des petits commerçants [6] ». En contre-partie de ces avantages, la sincérité de l'évaluation des apports en nature est garantie

1. V. Cass. civ., 28 mai 1946, *Journ. Soc.*, 1946, 246.

2. V. Chambarière, « Statut juridique et fiscal des sociétés coopératives agricoles », thèse dactyl., Bordeaux, 1949.

3. V. Paris, 21 octobre 1952, *Journ. Soc.*, 1944, 35.

4. Les sociétés pour l'exploitation des charges d'agents de change doivent cependant être créées sur ce mode (loi du 2 juillet 1862).

5. *La Cité libre*, 1938, p. 329. Voir, en outre, l'ouvrage magistral et désormais classique du Doyen Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*.

6. Ripert, *op. cit.*, n°s 26 et 85.

par une responsabilité solidaire, la société ne peut émettre de valeurs mobilières, le capital social doit être intégralement libéré, et il est impossible d'inclure dans le capital social un apport d'industrie. Très critiquée par certains auteurs [1], objet de plusieurs propositions de lois [2], il n'en reste pas moins que ce type de société a la faveur du public.

Tels sont les différents types de sociétés entre lesquels l'opération de transformation peut jouer. Ils constituent le domaine d'application de la théorie de la transformation des sociétés. Mais est-ce le champ d'application exclusif de la théorie ?

§ 2. — La société a capital variable et la « société de famille ».

4. — A côté des types traditionnels que nous venons de rappeler brièvement, il importe de dégager la nature juridique exacte de certaines institutions désignées en pratique sous le nom de « sociétés ». La société à capital variable constituent-elles véritablement des types distincts de sociétés ? Entrent-elles dans le domaine d'application de la théorie de la transformation des sociétés ?

I. — *La société à capital variable.*

5. — L'article 48 de la loi du 24 juillet 1867 introduit dans le Droit français des sociétés la société à capital variable. Cet article s'exprime en ces termes :

> Il peut être stipulé, dans les statuts de toute société, que le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués... Les sociétés dont les statuts contiendront la stipulation ci-dessus seront soumises, indépendamment des règles générales qui leur sont propres suivant leur forme spéciale, aux dispositions des articles suivants.

S'agit-il là d'un type autonome ou bien au contraire d'une simple modalité ? La question est controversée. La jurisprudence et la majorité de la doctrine analysent la société à capital variable comme une simple modalité. M. Ripert, faisant seul face à cette coalition, soutient à l'inverse que l'article 48 de la loi du 1867 consacre l'existence d'un type à part.

> La société à capital variable, écrit cet auteur, est une société d'un type particulier. Si l'on veut modifier une société préexistante pour la rendre à

---

1. V. proposition Richard, *Bull. soc. ét. lég.*, 1927-278 ; proposition Rigal du 1er décembre 1949, *Les informations industrielles et commerciales*, 9 décembre 1949.

2. V. le compte rendu du IIIe Congrès des S.A.R.L., *Rev. trim. dr. com.*, 1950, 196.

capital variable, il est nécessaire de réunir l'assemblée générale à quorum fixe, car il y a transformation de la société [1].

Nous lisons ailleurs :

On peut douter qu'il y ait transformation si la société, tout en restant société anonyme, modifie son statut juridique... en décidant qu'elle sera à capital variable. Dans ces hypothèses, la société reste soumise aux règles anciennes qui ont présidé à sa création. Mais d'autres règles viennent compléter celles-là et la forme de la société change. Il s'agit donc bien d'une transformation [2].

Nous n'admettons pas la thèse de M. Ripert. De quelque façon qu'on l'envisage, la variabilité du capital apparaît comme une *modalité* pouvant s'adapter à tous les types sociaux. L'article 48 de la loi de 1867 dispose, il faut le remarquer, en termes généraux : « Il peut être stipulé, dans les statuts de TOUTE société... » « les sociétés dont les statuts contiendront la stipulation ci-dessus seront soumises, indépendamment des règles générales qui leur sont propres suivant leur forme spéciale... » L'article 53 de la même loi renforce encore cette idée en indiquant que « la société, quelle que soit sa forme, sera valablement représentée en justice par ses administrateurs ». La loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée précise, dans ses articles 14 et 40, que ce type de société peut prévoir, dans ses statuts, la variabilité du capital. On concevrait mal, dès lors, si la société à capital variable constituait un type particulier, que le législateur ait pu vouloir l'existence au sein du même être moral, de deux types de sociétés distincts et obéissant chacun à des règles propres. S'il serait injuste de méconnaître l'importance que joue le capital dans la physionomie d'une société, il faut toutefois se garder d'en exagérer la valeur au point d'ériger au rang d'un nouveau type juridique de société quelques règles écrites pour le capital seul.

La variabilité du capital est une *simple modalité* susceptible de se superposer à n'importe quel type de société commerciale [3] ou civile. La jurisprudence n'a jamais varié sur ce point [4]. La majorité de la doctrine est en ce sens [5].

---

1. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1948, n° 1459, *in fine*.
2. *Op. cit.*, n° 1415.
3. L'article 54 de la loi de 1867 stipulant que la société à capital variable n'est pas dissoute par la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés et continue de plein droit entre les autres associés, il semble cependant difficile de concilier ces caractères et ceux des sociétés de personnes dont l'*intuitus personae* implique la dissolution, lorsque de tels événements interviennent.
4. V. notamment : Cass. civ., 3 août 1919 (*S.*, 1910-1-385, note WAHL) ; Cass. req., 21 mai 1935, et Cass. civ., 27 juillet 1936 (*S.*, 1936-1-369, note H. ROUSSEAU) ; Cass. civ., 30 décembre 1940 (*Journ. Soc.*, 1943-20).
5. V. Rép. prat. V° Soc. n° 4508 et DALLOZ, nouveau répertoire, 1950, V° « Société à capital variable », n° 5 ; HOUPIN et BOSVIEUX, « Tr. des Sociétés », 7e éd., T. II, n° 1572 sq. ; note BASTIAN sous Civ. 30 décembre 1940 (*J.C.P.*, 1941-1753) ; Contra, RIPERT, *op. cit.* et *loc. cit.*

II. — *La société de famille.*

6. — Il s'agit là d'une création récente du Droit fiscal [1]. La société de famille apparaît comme une faveur fiscale découlant de l'article 7 ter du Code général des impôts directs (aujourd'hui : article 41 du Code général des impôts).

L'article 7 ter (actuellement article 41 Code général des impôts) trouve son origine dans l'article premier de la loi du 12 août 1942 qui a accordé un sursis de taxation de la plus-value du fonds de commerce, à l'occasion du décès de l'exploitant, lorsque l'exploitation est continuée par un ou plusieurs héritiers, soit en indivision sous forme de société en nom collectif, soit en commandite simple. La loi du 13 mai 1948, dans son article 2, a étendu cette possibilité à l'exploitant qui désirait, de son vivant même, constituer avec ses enfants, une société de ces types. Elle a, en outre, précisé que la société ainsi formée pourrait revêtir la forme à responsabilité limitée. Dans le cas où le fonds apporté en société est taxé sur la base du bénéfice réel, il y a là une faveur fiscale incontestable, car l'apport d'un fonds de commerce en société est tenu par le fisc pour une cession d'entreprise et entraîne par suite l'imposition des bénéfices de l'exercice en cours ainsi que celles des plus-values, provisions et réserves de réévaluation. La faveur fiscale apparaît d'autant mieux que le fonds de commerce supporte en général, de droit commun, la surtaxe progressive, et sur les provisions, et sur les bénéfices de l'année en cours. Le terme de « fonds de commerce » de l'article 41 du Code général des impôts a une large acception. Le fisc admet, en effet, que le sursis profite à l'ensemble et plus-values des éléments d'actif de l'exploitation individuelle apportés en société de famille, ce qui comprend, outre le fonds de commerce proprement dit, les marchandises et les immeubles faisant partie du patrimoine de l'exploitant. L'apport du fonds de commerce peut n'être d'ailleurs que partiel [2].

Ainsi que son nom l'indique, la société de famille envisagée par le législateur fiscal en 1942, a un caractère essentiellement familial. L'article 41 du Code général des impôts prévoit le cas de formation d'une telle société, soit du vivant du chef de famille entre lui-même et ses successibles en ligne directe, soit après le décès du chef de famille, entre son conjoint et ses héritiers en ligne directe. La constitution de la société de famille, son fonctionnement, posent une quantité de

1. Il est curieux de noter que le Droit allemand connaît depuis longtemps, sous le nom de *Familiengesellschaft*, une institution analogue. En Allemagne comme en France, la *Familiengesellschaft* est un concept fiscal (*Steuerrechtsbegriff*). V. WAPENHENSCH, *Die Familiengesellschaft in der Rechtssprechung des Reichsfinanzhofs*, thèse, Breslau, 1940.

2. Réponse du Ministre des Finances, *J. O.*, déb. Ass. nat., 16 nov. 1949, p. 6145.

problèmes complexes qui relèvent davantage du Droit fiscal que du Droit privé proprement dit [1].

Il nous suffit de retenir ici que la société de famille telle que l'envisage l'article 41 du Code général des impôts n'est pas un type spécial de société. C'est une simple *modalité* susceptible de s'adapter, aux termes mêmes des lois de 1942 et 1948 à trois types de sociétés : la société en nom collectif, la société en commandite simple et la société à responsabilité limitée. De même que la variabilité du capital apparaît comme une modalité qui peut être stipulée dans toute forme de société [2] sans constituer pour cela un type de société à part, de même la création de l'article 41 du Code général des impôts n'apparaît pas comme un type autonome de société mais comme une simple modalité susceptible de coiffer trois types de sociétés commerciales. Ces trois types sont exclusivement visés par l'article 41 du Code général des impôts et il est certain que si une société à responsabilitée limitée, profitant de la faveur du sursis d'imposition, se transformait en société anonyme, cette opération entraînerait immédiatement la taxation (à 8 % et peut-être même à 24 %) des plus-values et provisions dont l'imposition avait été différée au moment de la formation de la société.

L'apparition des sociétés de famille a éveillé la curiosité des juristes. Mais il importe de ramener l'ampleur de l'article 41 du Code général des impôts à des mesures convenables. Depuis 1942 et même depuis 1948, l'avalanche des lois fiscales et l'épreuve de la pratique (cette excellente pierre de touche) ont ôté à l'article 41 du Code général des impôts une grande partie de son intérêt. La pratique a révélé la fragilité de ces sociétés, constituées entre un petit nombre de personnes, elles ne peuvent s'adjoindre des étrangers. Qu'un associé vienne à décéder ou à se retirer et voilà dissoute la société en nom collectif ou en commandite simple, ou même la société à responsabilité limitée qui ne comprend que deux associés. Les sociétés de famille dont s'agit, à à part le sursis de l'article 41 du Code général des impôts (qui n'est qu'un sursis, et non une exonération), ne bénéficient quant à leur liquidation d'aucune faveur par rapport au régime fiscal du droit commun. La liquidation d'une société est toujours désastreuse, au point de vue fiscal, par rapport à la liquidation de l'entreprise individuelle. Les lois fiscales récentes ont ôté à l'article 41 du Code général des impôts une grande partie de son attrait. En 1948, les plus-values de cession ne bénéficiaient d'aucun adoucissement fiscal et étaient soumises à l'impôt général sur le revenu qui est actuellement remplacé par la surtaxe progressive. Aujourd'hui, l'imposition de plus-values

---

1. V. sur la société de famille : COUTABLE, *Les sociétés de famille et les sociétés à responsabilité limitée devant l'impôt*, 1950 ; CARREAU, *La société de famille*, thèse, Bordeaux, 1952 ; FONTAINE, *Le gérant de la société de famille*, 1952. *Adde* : Claude des CHARRONS, « Faisons le point de l'article 7 ter », *Impôts et Sociétés*, 1950, p. 1428 ; JOLY, *Dictionnaire des S.A.R.L.*

2. *Supra*, n° 5.

aux taux de 6 % ne constitue plus un obstacle à la formation des sociétés. En conséquence, l'article 41 du Code général des impôts n'offre guère d'intérêt à l'heure actuelle, réserve faite du cas où le bilan de l'entreprise individuelle fait apparaître des provisions importantes susceptibles d'être imposées à 18 % et à la surtaxe progressive [1].

Pour donner un intérêt tangible à la société de famille, il faudrait que le législateur lui accorde une exonération définitive. Alors peut-être pourrait-elle même s'étendre aux sociétés agricoles.

7. — Certes, la société de famille de l'article 41 du Code général des impôts peut se transformer en un autre type de société ; mais elle perd dans ce cas, la plupart du temps, son régime de faveur [2]. Ne constituant pas en elle-même un type nouveau de société, mais une *modalité,* son adoption par une société déjà existante ne traduit pas une opération de transformation.

SECTION II

DES DIVERS MOTIFS QUI PEUVENT INCITER UNE SOCIETE A CHANGER SA FORME

8. —Il est certain que les individus qui veulent constituer une société pèsent avant de s'unir, avantages et inconvénients des différentes formes que leur offre le droit eu égard au but qu'ils entendent réaliser [3]. Mais il arrive que des associés, après avoir adopté un certain type, envisagent un changement de forme en cours de vie sociale. Les circonstances économiques, l'extension prise par leur société, la nécessité de créer des succursales, imposée par la vie de leur entreprise, peuvent être autant de causes qui amènent une société à changer de forme, le « vêtement » primitif étant usé ou démodé. Ce sont là des causes normales, d'ordre interne, qui n'offrent rien de particulier.

Il est, par contre, plus intéressant d'envisager un certain nombre d'hypothèses originales, fortuites, d'ordre externe, qui peuvent conduire une société à changer de forme. Les lois de circonstances imposent parfois à un certain type de société des servitudes et des modifications dont l'existence, au moment où les associés allaient constituer une société, eût éloigné de leur choix ce type.

On peut également supposer que le législateur, comme en 1925, crée un nouveau type de société dont les caractéristiques conviennent mieux

---

1. V. en ce sens, COUTABLE, *op. cit.*, n° 913, *in fine.*
2. *Cf.* CARREAU, *op. cit.*, n°s 316 à 332.
3. V. *supra,* n° 2, sq.

aux associés que celles de la forme de société sous laquelle ils se sont groupés primitivement. Cette dernière hypothèse est peu fréquente. Le dernier phénomène de cet ordre remonte à la loi du 7 mars 1925. Cette attraction par un type juridique nouveau est d'autant plus normale que l'apparition de nouvelles formes de sociétés s'effectue toujours sous la pression des nécessités pratiques. Le panorama des divers types de sociétés que nous avons présenté montre à l'évidence que chaque forme juridique nouvelle réalisait au point de vue technique un progrès par rapport aux précédentes. La société à responsabilité limitée se trouve au sommet de la pyramide. Bien que la statistique, fausse par définition, n'ait qu'une valeur très relative, elle peut constituer cependant une indication utile [1].

Des raisons d'ordre juridique peuvent donc pousser une société à changer sa forme. Mais l'accroissement continuel des charges fiscales sur certains types de sociétés peut conduire les associés à voir dans le changement de forme de leur société, le moyen d'échapper à une imposition fiscale qu'ils jugent trop lourde et insupportable.

Les raisons d'ordre juridique ou d'ordre fiscal apparaissent donc, en Droit français, comme les moteurs habituels des transformations de sociétés. Mais l'exemple des pays totalitaires révèle que la transformation peut être en outre utilisée par les dirigeants d'un Etat comme un instrument de politique. Le régime nazi, en particulier, a pratiqué abondamment ce « dirigisme » des transformations de sociétés, pour harmoniser l'esprit du Droit commercial allemand avec l'orientation politique.

§ 1. — Raisons d'ordre juridique.

9. — Nous avons suffisamment exposé plus haut [2] les divers avantages et inconvénients des divers types de sociétés pour nous dispenser d'exposer ici l'attraction qu'a pu réaliser l'apparition de nouveaux types de sociétés, techniquement supérieurs aux types anciens. L'évolution économique d'une société qui peut la conduire à troquer sa forme contre une autre jugée plus adéquate à la réalisation de son but entre dans le même ordre d'idées et ne présentent aucun intérêt particulier. Nous limiterons donc nos observations à deux forces

---

1. C'est ainsi que le nombre des sociétés commerciales qui se sont inscrites au greffe du Tribunal de commerce de Bordeaux pendant l'année 1949 se décompose comme suit : sociétés constituées en nom collectif, 37 ; à responsabilité limitée, 415. En 1952, 25 sociétés en nom, 2 sociétés en commandite simple, 0 société en commandite par actions, 23 sociétés anonymes, 415 S.A.R.L.

2. N° 2, sq., *supra*.

d'expulsion originales qui, depuis quelques années, ont pu conduire une société anonyme à changer de forme.

10. — *a) La notion de direction dans les sociétés anonymes* (LL. 18 septembre, 16 novembre 1940 et 4 mars 1943). — La loi allemande du 30 janvier 1937 sur les sociétés par actions, pour lutter contre l'anonymat, dégagea la personnalité d'un chef responsable. Cette loi influença notre législation et, successivement, les lois des 18 septembre, 10 novembre 1940 et 4 mars 1943 eurent le même but. Aux termes de ces textes, le président du Conseil d'administration assure sous sa responsabilité la direction générale de la société. Sur sa proposition, le Conseil peut lui adjoindre pour l'assister un de ses membres à titre de directeur général. Si la réalisation du « principe du chef » constitue une réforme recommadable du point de vue de la morale, la responsabilité énorme qui est la contrepartie des pouvoirs du président, les menaces de faillite et de saisie de ses biens personnels ont incité bon nombre de petites sociétés anonymes à changer leur forme pour adopter un type où leur responsabilité était moins ouverte. Et c'est ainsi que l'on a pu assister récemment à de nombreuses transformations de sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée [1].

11. — *b) Les comités d'entreprise et la présence d'experts-comptables* (Ord. 22 février 1945 et L. 16 mai 1946). — Inspirée de la loi allemande du 4 février 1920, l'ordonnance du 22 février 1945 introduisait en France le Comité d'entreprise dans toutes les affaires industrielles et commerciales employant au moins cinquante salariés. Et si les patrons ne peuvent guère éviter, par un changement de forme de leur société, cette participation de leur personnel à la gestion de l'entreprise, dès l'instant qu'ils emploient plus de cinquante ouvriers, la faculté que la loi du 16 mai 1946 a reconnue au comité de s'adjoindre un expert-comptable, a pu déterminer certaines sociétés anonymes à se transformer, afin d'éviter ce contrôle supplémentaire. En effet, la Cour de cassation, le 23 décembre 1948, consacrant l'opinion unanime de la jurisprudence [2], en opposition à un avis du Conseil d'Etat du 3 août 1946, décida que l'assistance de l'expert-comptable auprès du Comité d'entreprise était propre à la société anonyme [3].

---

1. V. en ce sens : DEFRENOIS, *Rép. prat. du notariat*, 1941, p. 49 ; FAUVEL, *Journ. des notaires*, 1941, p. 316 ; BASTIAN, *Journ. Soc.*, 1945, p. 81 ; H. LECOMPTE, *Journ. Soc.*, 1949, p. 1.

2. Trib. correct. Bayonne, 28 août 1947 (*J.C.P.*, 1947-2-3912), Lyon, 24 octobre 1947 (*J.C.P.*, 1947-2-3874, note COLLIARD) ; Trib. correct. Châlons-sur-Marne, 14 novembre 1947 (*D.*, 1948-95) ; Trib. corr. Seine, 26 janvier 1948 (*J.C.P.*, 1948-2-4180) ; Bordeaux, 26 février 1948 (*J.C.P.*, 1948-2-4873) ; *Adde :* BASTIAN « La communication aux comités d'entreprise de renseignements d'ordre financier » (*Journ. Soc.*, 1948, pp. 329, sq.).

3. Cass. crim., 23 décembre 1948 (*Rev. Soc.*, 1949, 284).

§ 2. — Raisons d'ordre fiscal.

12. — Il se peut que les associés, tout en étant parfaitement satisfaits de la forme juridique de leur société, songent à la transformation. L'importance sans cesse croissante du Droit fiscal peut, en effet, conduire les associés à abandonner pour une autre la forme de leur société, dans le seul but d'échapper aux charges fiscales dont leur société était grevée.

Il faut, pour mieux faire comprendre cette hypothèse, dresser les grandes lignes de la législation fiscale actuelle en matière de sociétés.

Nous verrons clairement la manière dont le problème des transformations peut être influencé par des raisons purement fiscales et nous en tirerons les conclusions nécessaires.

13. — *Généralités sur le régime fiscal des sociétés.* — Le régime fiscal des sociétés, actuellement en vigueur, résulte du décret du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale [1]. Cette réforme tend à répartir les diverses formes de sociétés en deux groupes distincts soumis à un traitement fiscal différent.

Le premier groupe englobe les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple (pour la part des commandités). Le second groupe comprend les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives et leurs unions, les sociétés en commandite simple (pour la part des commanditaires). Quant aux sociétés civiles, elles appartiennent, nous le verrons, tantôt à l'un, tantôt à l'autre groupe.

D'une manière générale, les entreprises du premier groupe sont soumises, dans tous les cas, à l'impôt sur le revenu des personnes physiques (comportant une taxe proportionnelle et une surtaxe progressive), alors que celles du second groupe sont redevables de l'impôt sur les sociétés.

Mais il n'y a pas, entre ces deux systèmes d'imposition, une séparation tranchée et définitive, car l'article 206 du Code général des impôts ménage aux sociétés du premier groupe, par une « option », la possibilité d'être soumises à l'impôt sur les sociétés.

14. — *a) Sociétés du premier groupe.* — A raison de la confusion qui existe, en Droit fiscal, entre le patrimoine de la société en nom collectif et celui de ses membres, entre le patrimoine de la société en commandite simple et celui des commandités personnellement et indéfiniment responsables, les associés, dans ces deux types de sociétés de

---

1. Décret n° 48-1986, *J.O.*, 1er janvier 1949. La création d'un code unique des impôts a été effectuée par le décret n° 50-478 du 6 avril 1950. Ce nouveau Code général des impôts a été publié en annexe au *J. O.* du 30 avril 1950. Les dispositions du décret du 9 décembre 1948 ont été intégrées dans ce Code.

personnes, sont imposés personnellement à l'impôt sur le revenu des personnes physiques (taxe proportionnelle et surtaxe progressive) sur la part des bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société.

La taxe proportionnelle, prévue par l'article premier (1°) du Code général des impôts, frappe uniformément tous les revenus fonciers, bénéfices industriels et commerciaux, rémunérations de certains dirigeants, traitements, salaires et revenus des capitaux mobiliers [1]. Ce même article premier (1°) du Code général des impôts prévoit une surtaxe progressive qui frappe, sous déduction d'un abattement à la base, le revenu net global des contribuables [2].

L'ensemble de cette taxation (taxe proportionnelle et surtaxe progressive), qui constitue l'impôt sur le revenu des personnes physiques, frappe également les membres des sociétés civiles lorsque ces sociétés ne se présentent pas, en droit ou en fait, sous la forme de sociétés par actions ou à responsabilité limitée et ne se livrent pas, au sens des articles 34 et 35 du Code général des impôts, à des opérations industrielles ou commerciales.

15. — *b) Sociétés du second groupe.* — Les sociétés de ce second groupe sont tout d'abord soumises à l'impôt sur les sociétés, dont le taux est actuellement de 34 % [3]. Cet impôt porte sur les bénéfices ou revenus réalisés par la société. En outre, l'assujettissement d'une personne morale à l'impôt sur les sociétés a pour effet de la rendre passible de la taxe proportionnelle sur les revenus distribués. L'article 109 du Code général des impôts considère comme tels : tous les bénéfices qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital et, d'autre part, toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés ou actionnaires, ou porteurs de parts, et non prélevées sur les bénéfices.

Aux termes de l'article 206-1° du Code général des impôts, les sociétés qui sont soumises obligatoirement à l'impôt sur les sociétés sont les suivantes : les sociétés anonymes, quel que soit leur objet, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives et leurs unions, les sociétés en commandite simple pour la part des bénéfices correspondant aux droits des commanditaires [4].

Mais les sociétés civiles sont également, parfois, soumises de plein droit à l'impôt sur les sociétés. Il en va ainsi, tout d'abord, quelle que

1. Sous déduction d'une décote progressive.
2. Il est largement tenu compte, pour établir cette surtaxe, de la situation familiale des intéressés.
3. L. 51-29 du 8 janvier 1951, art. 1er, *J. O.*, 9 janvier 1951. Ce taux était antérieurement de 24 %.
4. L'impôt, dans ce dernier cas, est établi au nom de la société.

soit leur forme, lorsqu'elles se livrent à une exploitation ou à des opérations présentant un caractère industriel ou commercial au sens des articles 34 et 35 du Code général des impôts. Mais, d'autre part, quel que soit son objet, la société civile sera considérée come revêtant la forme d'une société par actions ou d'une société à responsabilité limitée lorsqu'elle aura emprunté le vêtement des lois des 24 juillet 1867 ou 7 mars 1925, ou encore, lorsque sans avoir franchement adopté le cadre de l'une ou l'autre de ces deux lois, les statuts de la société civile révéleront que la responsabilité des membres est limitée au montant de la part, que le capital est divisé en parts cessibles ou négociables, que le décès de l'un des associés ne met pas fin à la société.

16. — *c) Régime de l'option.* — L'article 206-1° du Code général des impôts indique que les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple (pour la part des commandités), les sociétés civiles qui se trouvent soumises au régime des sociétés de personnes, pourront être soumises à l'impôt sur les sociétés « si elles optent pour leur assujettissement à cet impôt [1].

L'option est donc à sens unique [2].

Ces sociétés ont-elles intérêt à opter ? L'option résultant de la part des associés de la confrontation des deux régimes fiscaux établis par la réforme fiscale, il est impossible de répondre catégoriquement. Chaque cas d'option est un cas particulier.

En l'état actuel de la législation fiscale des sociétés, il semble toutefois que le principal avantage que l'option peut présenter pour une société du premier groupe réside dans le fait que les associés de ces sociétés pourront n'acquitter la surtaxe progressive que sur les sommes dont ils ont eu la disposition. Ce qui exclut les bénéfices mis en réserve qui ne seront soumis à la surtaxe qu'au moment où ils seront distribués. L'avantage de l'option sera ainsi d'autant plus grand que les bénéfices en réserve seront plus importants et que le montant de la surtaxe progressive, à laquelle chaque associé sera soumis, sera plus élevé, ce qui est fonction du revenu global de l'intéressé et de sa situation de famille [3]. Tout dépend en la circonstance de l'importance des bénéfices réalisés ou escomptés. Si les bénéfices sont importants, la société du premier groupe aura intérêt à opter pour un régime qui autorise et facilite les réserves.

Le régime fiscal de la société par actions se dégage assez clairement pour que les associés d'une société du premier groupe sachent, sans trop de supputations, s'ils ont intérêt à opter. Par contre, la distinc-

---

1. V. Blancher, « L'option des sociétés de personnes pour l'impôt sur les sociétés », *Tableau fiscal et juridique*, 1950, 431.

2. V. réponse écrite du secrétaire d'Etat au budget, *J. O.*, Ass. nat., déb. parl., 7 juin 1952, p. 2763.

3. V. *Impôts et Sociétés*, 1950, p. 1477 sq.

tion fiscale entre gérants majoritaires et gérants minoritaires de la société à responsabilité limitée rend le problème plus complexe [1] pour cette catégorie de société.

Il ne faut pas oublier, d'autre part, que, dans la société à responsabilité limitée, les plus-values acquises à partir de la formation de la société par les éléments de l'actif immobilisé prennent tôt ou tard le caractère de revenus distribués et seront frappés à ce titre par l'impôt de distribution et la surtaxe progressive, lourdes sujétions inconnues dans les sociétés de personnes.

La société qui opte, et il est important de le souligner, continue à fonctionner sous la même forme. Son option la place sous le régime fiscal des sociétés de capitaux, mais ce glissement s'effectue sur le seul terrain fiscal. La forme de la société demeure la même. Il ne s'agit donc pas d'une transformation, au sens que le Droit privé donne à ce terme.

L'article 239 du Code général des impôts précise que l'option est irrévocable.

Il en résulte que si une société de personnes a manifesté son désir de fonctionner sous le régime fiscal des sociétés de capitaux, elle ne pourra pas se rétracter si des lois fiscales postérieures, venant aggraver l'imposition fiscale des sociétés de capitaux, lui font regretter son choix. Force lui serait alors, pour retourner à son régime fiscal premier, de procéder à une liquidation et de se reconstituer sous la forme d'une société de personnes (société nouvelle), opération extrêmement coûteuse du point de vue fiscal en ce qu'elle se traduit par une dissolution suivie d'une constitution de société.

17. — *Incidence du régime fiscal sur les transformations de sociétés.* — Si le régime de l'option, institué par l'article 206 du Code général des impôts ne recouvre pas une transformation de société, au sens juridique du terme, il peut servir à la prévenir. Il en ira ainsi lorsque les associés d'une société de personnes, mécontents de la forme de leur société, trop imposée à leur gré, voudront la transformer en société de capitaux pour des raisons purement fiscales. Ils trouveront dans l'option le moyen qui leur permettra d'atteindre le résultat cherché, tout en maintenant la forme juridique de leur société.

La législation fiscale est essentiellement mouvante. Le rapide aperçu du régime fiscal des sociétés que nous avons tenté n'a qu'une valeur d'actualité, donc toute relative. Le Droit fiscal semble reprendre à son compte la théorie de la génération spontanée et, de temps à autre, des impôts nouveaux apparaissent, inattendus, imprévisibles [2].

---

1. Cette distinction tend cependant à s'atténuer. V. CARREAU, *op. cit.*, n° 107.

2. V. par exemple la taxe sur les bénéfices non distribués, créée par la loi du 31 janvier 1950.

A l'heure actuelle, la société à responsabilité limitée constitue pour le fisc une cible tentante, étant donné le nombre considérable d'entreprises fonctionnant sous cette forme et il est fortement question d'accentuer encore les charges fiscales qui pèsent déjà sur ce type de société. Il n'est donc pas utopique de concevoir que, dans un avenir plus ou moins lointain, des sociétés à responsabilité (peut-être même des sociétés anonymes), pour des raisons purement fiscales, pourront être conduites à abandonner l'avantage juridique de limitation de responsabilité pour placer leurs associés, avec une société en nom collectif ou en commandite simple , sous le joug d'une responsabilité solidaire et indéfinie. Et ce type de transformation, inconcevable jusqu'à ces dernières années, est susceptible de poser de cruels dilemmes aux associés transformateurs [1].

Il faut tenir compte également, dans l'examen des causes fiscales qui peuvent pousser les associés à transformer leur société, de la position prise par l'administration des Contributions directes qui tend à analyser comme une cessation d'entreprise toute transformation qui a pour effet de placer la société sous un régime fiscal différent de celui auquel elle était antérieurement soumise [2].

18. — *Conclusion.* — Compte tenu de l'imprévisibilité et de l'instabilité des lois fiscales, il importe de dégager dès maintenant une idée générale immuable qui domine toute la matière des transformations de sociétés.

Il s'agit du rôle considérable que le fisc a joué dans l'élaboration des règles y relatives. Les agents du fisc ont à maintes reprises harcelé le juriste, nous aurons l'occasion de le montrer, et l'ont obligé, au hasard des décisions, à mettre en relief les éléments d'une théorie de la transformation des sociétés. La haute autorité de la Cour de cassation a, plus d'une fois, imposé son arbitrage. C'est que, dans l'application des lois sur l'enregistrement, la Cour suprême a, sur le véritable sens des conventions, un droit de contrôle dont l'exercice ne saurait être paralysé par les interprétations des tribunaux civils. Et ces investigations vont parfois très loin [3]. En matière d'enregistrement, il n'y a pas d'appel et la Cour de cassation connaît du fait [4]. La plupart

---

1. Nous ne pensons tout de même pas que le fisc aille jusqu'à décider, pour enrayer une transformation de cet ordre, que l'option d'une société de personnes étant irrévocable, l'adoption de la forme d'une société de capitaux a la valeur d'une option irrévocable. Ce serait paralyser les transformations, pour des raisons non fiscales, de sociétés de capitaux en sociétés de personnes. V. en ce sens : COUTABLE, *op. cit.*, n°s 903 sq. et JOLY, *Dictionnaire du Droit des sociétés anonymes et des S.A.R.L.*, V° transformation, régime fiscal.

2. V. *infra*, n° 78.

3. V. notamment : Cass. civ., 29 juillet 1890 (*S.* 1891-1-183).

4. V. par ex. : Cass. civ. (sect. com.), 18 octobre 1949. Enregistrement contre Milliard (*Journ. Soc.*, 1950, 20, et *J.C.P.*, 1950, 5356).

des questions relatives à la transformation des sociétés s'étant posées à l'occasion de litiges avec le fisc, on comprend aisément le rôle crucial que la Cour a pu jouer. Et c'est pourquoi on ne peut constater, en cette matière de la transformation des sociétés, la tendance très générale dans les autres branches du Droit qu'ont les Cours d'appel à juger d'après le fait pour tenter de soustraire à la sanction de la Cour suprême la connaissance de l'affaire.

§ 3. — Droit comparé.

19. — L'étude du droit comparé prouve que les différentes causes de transformation que nous venons d'analyser, ne sont pas particulières au droit français. En Allemagne par exemple, nous retrouvons les mêmes mouvements. Mais la comparaison du régime de la transformation dans les deux droits montre, en outre, la façon dont un régime totalitaire peut utiliser l'opération de transformation de société à des fins politiques.

La révolution nationale-socialiste du 30 janvier 1933 a eu, sur tout le Droit allemand, une influence considérable. De même que la révolution russe de 1917, elle ne se ramena pas à un simple changement de régime politique, comme notre révolution de 1789. Ce sont là des révolutions sociales, voire religieuses, qui prétendent atteindre l'individu dans ses pensées les plus secrètes [1]. L'idéologie nazie fut une *Weltanschauung,* une métaphysique entière qui pénétra tous les domaines de l'activité allemande. Le Droit commercial n'échappa point à cette emprise. Le slogan (*Schlagwort*) du régime était [2] : *Gemeinnutz geht vor Eigennutz* (l'intérêt collectif prime l'intérêt individuel). Le chancelier Hitler, dans un discours au Reichstag, du 23 mars 1933, appliquant ce *Schlagwort* au droit commercial allemand, put déclarer :

> Ici (dans la vie économique), toutes les activités commerciales seront régies par la loi suivante : le peuple ne vit pas pour l'économie et si l'économie existe, ce n'est pas pour servir le capital mais le capital doit servir l'économie qui doit être elle-même au service du peuple.

Cette profession de foi explique facilement le rôle qu'a pu jouer en Allemagne la transformation des sociétés. En France, où les principes directeurs du Droit privé sont encore imprégnés de l'individualisme du XIX[e] siècle, les individus jouissent de la plus grande liberté pour adopter la forme de société qu'ils désirent, modifier et transformer l'être social comme ils l'entendent. Si certains événements juri-

---

1. *Cf.* B. Mussolini, « Notre révolution est, dans ses objectifs généraux, analogue à la révolution russe, toutefois sous une autre forme » (*Le Temps*, 12 décembre 1926).
2. V. Programme du Parti : Punkt 24, Abs. 2, Satz 2.

diques ou fiscaux obligent parfois les associés à transformer leur société, ces obstacles ne s'inscrivent jamais, chez nous, dans le cadre d'une politique systématique et ne sont pas voulus par le législateur pour obliger une société à changer de forme. Au contraire, le législateur allemand a utilisé la *Umwandlung* comme une arme pour lutter contre le capitalisme, ennemi juré du régime. Ces considérations n'offrent pas un simple intérêt historique car, si le régime nazi a disparu, la plupart des lois qu'il avait promulguées subsistent encore et notamment la *Umwandlungsgesetz* du 5 juillet 1934.

La loi sur la transformation des sociétés de capitaux du 5 juillet 1934 [1], selon l'interprétation officielle qui en fut donnée, avait pour but de «faciliter dans des cas déterminés le passage de la forme anonyme à la responsabilité personnelle du chef d'entreprise ». Les sociétés de capitaux susceptibles d'être transformées [2], au sens de la loi sont : les sociétés anonymes par actions (*Aktiengesellschaften*), les sociétés en commandite par actions (*Kommanditaktiengesellschaften*), les sociétés à responsabilité limitée (*Gesellschaften mit beschränkter Haftung*) et les corporations que vise le Code des mineurs [3]. Les sociétés de personnes dont ces sociétés de capitaux peuvent, selon la loi, adopter la forme, moyennant une procédure simplifiée, sont : la société en nom collectif (*offene Handelsgesellschaft*), la société en commandite simpe (*Kommanditgesellschaft*) et la société du Droit civil. La loi de 1934 traduit une réaction contre la recrudescence extraordinaire de la forme anonyme qu'on avait pu constater à la suite de la guerre de 1914-1918 [4]. Une infinité d'entreprises moyennes et petites se servaient de la forme anonyme alors qu'elles auraient dû adopter la forme des sociétés de personnes qui avaient été conçues pour elles. C'est ainsi que dans l'espace de onze ans, entre 1913 et 1924, le nombre des sociétés par actions, en dépit de la réduction de la surface de l'Allemagne, passa de 5.139 à 17.000, le nombre des sociétés à responsabilité limitée de 26.790 à environ 80.000. Donc, dans les deux cas, une progression de plus du triple [5]. La raison essentielle de cet accroissement de la forme capitaliste s'explique par les efforts des chefs d'entreprise, dans ces périodes d'instabilité économique et politique, de ne pas mettre en jeu toutes leurs ressources et de limiter leur responsabilité au maximum. Un autre motif décisif était l'avantage fiscal dont bénéficiaient les sociétés de capitaux par rapport aux autres types de sociétés commerciales [6]. Les lois d'impôts dites « de Erzberger »

1. *Reichsgesetzblatt*, J. S., 569.
2. CRISOLLI-GROSCHUFF, I der. 2, Steuerdurchf, V.O.A.L.
3. CRISOLLI-GROSCHUFF, Anh. A. 5.
4. DURINGER-HACHENBURG, *Vorspruch zum U. G.*, Anm. 1, 2 ; ZAHN, *Bankarchiv*, 1934, 430 ff.
5. SCHLEGELBERGER, *Dt. Justiz*, 1936 (S. 1649 ff.).
6. BOTTCHER-MEILICKE, *Kurzer Überblick über die Umwandlungsgesetzgebung*, 11, 1.

firent monter par exemple l'impôt sur le revenu jusqu'à 60 %, pendant que les impôts sur les sociétés par actions ou les sociétés à responsabilité limitée restaient au taux de 10 %.

Cette situation était vivement critiquée par les auteurs. Le législateur de 1934 y remédia, par un ensemble de mesures d'ordre commercial et fiscal. Il prit pour but de ne laisser subsister, pour l'avenir, que les sociétés de capitaux qui correspondraient à un besoin économique réel. On observait ce besoin partout où il y avait « une entreprise à créer sur une large base pécuniaire et, dans ce but, attirer beaucoup d'associés pour introduire les ressources nécessaires dans l'entreprise ». La loi sur les « allégements fiscaux à l'occasion de la transformation des sociétés de capitaux » (*Gesetz über Steuererleichterungen bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften*), en date du 5 juillet1934 [1], donne comme exemples de grosses entreprises de cette sorte les sociétés de navigation maritime, les sociétés d'assurance et les sociétés minières. Cette loi fiscale fut destinée à favoriser la transformation des sociétés de capitaux en sociétés de personnes par les allégements qu'elle prévoyait en ce qui concernait : l'impôt sur la société (*Gesellschaftssteuer*), l'impôt sur les plus-values (*Wertzuwachssteuer*), l'impôt sur le chiffre d'affaires (*Umsatzsteuer*), l'impôt sur le revenu (*Einkommensteuer*) et l'impôt industriel (*Gewerbesteuer*) [2].

Avec la loi du 30 janvier 1937 sur les sociétés par actions (*Aktiengesetz*), le législateur, décidé à combattre l'anonymat par tous les moyens, dévoila clairement le parti qu'il entendait tirer de la transformation des sociétés pour réaliser ses fins politiques. La loi de 1937 n'institue pas de moyen direct pour contraindre les sociétés de capitaux à se transformer. Mais cependant, en restreignant la société par actions en tant que forme juridique à l'entreprise qui possède un fonds social important, elle a placé un grand nombre de sociétés existantes devant l'alternative : se transformer ou se dissoudre.

La loi du 30 janvier 1937 impose aux sociétés par actions un capital de 500.000 marks. Pour éviter des perturbations dans la vie économique, elle abaisse à 100.000 R.M. la limite pour les sociétés déjà existantes. Les sociétés dont le capital était inférieur à 100.000 R.M. devaient se dissoudre ou se transformer avant l'année 1940. La loi de 1937 contient donc l'arrêt de mort (*Todesurteil*, disent les auteurs) des petites sociétés anonymes [3].

---

1. R. GBL. L. S. 572.

2. V. un exposé complet du système d'imposition des sociétés, à l'époque dans Alfons Siegwart, *Die umwandlung von Kapitalgesellschaften in personalgesellschaften*, thèse Frankfurt- am- Main, 1938, p. 24 sq.

3. Sur tous ces points, voir Ernst Becher, *Aufbau, Organisation und Umwandlung der Aktiengelleschaft nach dem Aktiengesetz vom 30 junuar 1937 unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Anonymität und seine Uberwindung in der Wirtschaft des Nationalsozialistischen Staates*, thèse Köln, 1938.

Sur l'incidence des lois récentes en la matière, V. *infra*, n° 114.

20. — *Plan d'étude.* — Le terme même de transformation évoque l'image de l'abandon d'une forme et de l'adoption d'une autre. La transformation d'une société est une opération à deux temps. Une telle opération intervenant au cours de la vie d'une société, alors que les membres de celle-ci occupent une situation juridique bien définie, tant dans leurs rapports réciproques qu'à l'égard des tiers, il va sans dire que le changement de forme entraînera, dans la vie sociale, de profondes perturbations et que des mesures devront être prises pour protéger les tiers.

L'ABANDON DE LA FORME ANCIENNE pose diverses questions dont l'étude fera l'objet d'un Titre Premier. Cet abandon emportera-t-il fatalement la disparition de la personnalité morale de la société (chapitre premier) ? *Quid* du consentement des associés à l'opération (chapitre II) ? L'unanimité de leur voix sera-t-elle nécessaire pour réaliser l'opération ou bien au contraire la majorité suffira-t-elle ? Un chapitre III sera plus spécialement réservé à l'examen des sanctions du défaut des consentements requis pour opérer la transformation.

L'ADOPTION NOUVELLE DE LA FORME NOUVELLE soulève également de nombreux problèmes à l'étude desquels sera consacré un Titre II. La conversion en une forme nouvelle entraîne-t-elle *ipso facto* l'apparition d'un être moral (chapitre premier) ? Se posera ensuite (chapitre II) la question de savoir si, et dans quelle mesure, les conditions et formalités que la loi a attachées à la création initiale de toute société sous une forme déterminée doivent recevoir application au cas d'accession à ce type par voie de transformation. La sanction du respect de ces conditions sera traitée dans un chapitre III.

TITRE PREMIER

ABANDON DE LA FORME ANCIENNE

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE

L'ABANDON DE LA FORME ANCIENNE IMPLIQUE-T-IL LA DISPARITION DE L'ETRE MORAL ?

Le système classique sur la nature juridique de la transformation.

21. — Le problème de la nature juridique de la transformation d'une société peut se résumer dans la proposition suivante : l'abandon de sa forme par la société entraîne-t-il la disparition de l'être moral ?

Les travaux des tribunaux et des auteurs de droit commercial ont mis au point, depuis longtemps, un système d'explication de la nature juridique des transformations de sociétés : opérée en vertu d'une disposition législative ou en vertu des statuts primitifs d'une société, la transformation n'emporte pas disparition de l'être moral. En cette matière où les lois sont d'une discrétion qui voisine le mutisme, le rôle de la jurisprudence a été considérable, la doctrine se bornant la plupart du temps à un travail d'exégèse. Certains auteurs ont cependant tenté d'esquisser une théorie de la transformation. Le fisc lui-même a apporté sa contribution à cette étude. Les circulaires administratives, les réponses des ministres des finances au *Journal officiel* ne manquent pas et l'on voit bien souvent l'enregistrement à la barre, dans presque tous les procès relatifs à une transformation de société.

Le système classique admet que la transformation d'une société ne porte pas atteinte à la pérennité de sa personnalité morale lorsque l'éventualité de l'opération a été prévue par un texte de loi ou par les statuts primitifs. Ce système contient une part de vérité, mais il est incomplet. L'explication qu'il propose a le tort de ne pas tenir compte de la nature juridique de la personnalité morale d'une société.

Exposons-le avant d'en faire la critique[1], en distinguant selon que la transformation emporte ou non disparition de l'être moral.

---

1. V. *infra*, n^{os} 75 sq.

SECTION I

LA TRANSFORMATION N'EMPORTE PAS DISPARITION DE L'ETRE MORAL

22. — Le système classique admet que la transformation d'une société ne porte pas atteinte à la pérennité de sa personnalité morale lorsque l'éventualité de l'opération a été prévue par un texte de loi ou par les statuts primitifs.

A plusieurs reprises, des lois ont prévu, pour des types déterminés de sociétés (tant civiles que commerciales), la possilité de transformation en un autre type. Ces dispositions législatives, toujours brèves, ont laissé place à l'interprétation. La logique a incliné la doctrine et la jurisprudence à voir dans cette prévision la preuve que le changement de forme n'emportait pas disparition de la personne morale.

La même conclusion fut adoptée pour le cas où la transformation a lieu en vertu d'une prévision du pacte social.

§ 1. — TRANSFORMATION OPÉRÉE EN VERTU DE LA LOI.

23. — a) *Transformation des sociétés civiles.* — Aux termes de l'article 7 de la loi du 1er août 1893 :

> Les sociétés civiles actuellement constituées sous d'autres formes pourront, si leurs statuts ne s'y opposent pas, se transformer en société en commandite ou en société anonymes, par décision d'une assemblée générale spécialement convoquée et réunissant les conditions tant de l'acte social que de l'article 31 ci-dessus.

Cette disposition s'applique aux sociétés civiles constituées avec ou sans actions, sous une forme autre que celle de la loi de 1867, ainsi qu'aux sociétés purement civiles, et aux sociétés civiles en nom collectif et en commandite simple (ainsi qu'aux sociétés civiles en commandite par actions ou anonymes, dont la constitution est antérieure à la promulgation de la loi de 1893) [1].

D'après l'article 3 de la loi du 9 septembre 1919, modifiant la loi du 21 avril 1810, l'exploitation des mines constitue un acte de commerce. Cette disposition s'applique à toutes les sociétés existantes, sans qu'il soit nécessaire de modifier leurs statuts. En vertu de l'article 18 de la loi du 31 juillet 1920, les sociétés minières constituées

---

1. La loi du 16 novembre 1940 ne peut avoir pour résultat d'attribuer un caractère commercial aux sociétés civiles par actions antérieures à la loi de 1893 : Cass. civ., 15 nov. 1950 (*J.C.P.*, 1950, *Tableaux de Jurisprudence*, p. 185, et *D.*, 1951-J-292).

antérieurement sous la forme civile et qui pouvaient conserver la forme civile peuvent se soumettre, pour l'établissement de leurs bilans annuels, aux règles en vigueur dans les sociétés commerciales et peuvent, en outre, se transformer en sociétés anonymes. Et l'article 18 a pris soin de préciser que cette transformation ne serait « pas considérée comme créant un être nouveau, la société anonyme nouvelle n'étant que la continuation de la société civile ».

24. — b) *Transformation des sociétés commerciales.* — Aux termes de l'article 18 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions :

Les sociétés en commandite par actions antérieures à la présente loi, dont les statuts permettent la transformation en société anonyme autorisée par le gouvernement, pourront se convertir en sociétés anonymes dans les termes déterminés par le titre II de la présente loi en se conformant aux conditions stipulées dans les statuts pour la transformation.

L'article 46 de la même loi disposait en outre que :

Les sociétés anonymes actuellement existantes continueront à être soumises, pendant toute leur durée, aux dispositions qui les régissent ; elles pourront se transformer en sociétés anonymes dans les termes de la présente loi, en obtenant l'autorisation du gouvernement et en observant les formes prescrites pour la modification de leurs statuts.

La loi du 23 mai 1863 avait prévu la création de sociétés à responsabilité limitée (qui n'ont, il faut le noter, aucun rapport avec celles de la loi du 7 mars 1925), semblables aux sociétés anonymes, mais d'envergure plus modeste, leur capital ne pouvant dépasser vingt millions.

L'article 47 de la loi de 1867, qui abroge la loi de 1863, précise que :

Les sociétés à responsabilité limitée pourront se convertir en sociétés anonymes dans les termes de la présente loi, en se conformant aux conditions stipulées pour la modification de leurs statuts.

L'analyse de ces articles peut sembler vaine, au milieu du XX^e^ siècle, à une époque où la société anonyme est bien entrée dans les mœurs et où les lois postérieures à 1867 l'ont parfaitement mise au point, en sorte qu'il est impossible aujourd'hui de trouver une seule société anonyme créée avant 1867, une seule société à responsabilité limitée de la loi de 1863, une seule commandite par actions dont les statuts prévoiraient la transformation en société anonyme autorisée par le gouvernement. Toutes les sociétés de ces types se sont transformées en sociétés anonymes de la loi de 1867. La loi de 1867 ayant fait disparaître la raison d'être de ces types, simples *modus vivendi* provisoires, ils font aujourd'hui figure d'objets de musée. Et, cependant, l'étude de ces articles n'offre pas qu'un simple intérêt théorique. S'il est toujours loisible à une société de changer de forme, que ses statuts aient

ou non prévu cette éventualité, l'intérêt des textes précités consiste à avoir permis cette opération sans que la personnalité morale de la société qui changeait de forme s'en trouvât affectée. A quoi eût-il servi que des lois prissent la peine d'indiquer que la transformation était possible, sinon de permettre à la société de garder sa personnalité [1] ? L'article 19 de la loi de 1867 pose une règle que nous retrouverons par la suite : prévue par les statuts, la transformation n'emporte pas disparition de l'être moral. L'esprit qui a présidé à la rédaction des textes précités nous fournira un élément d'analogie pour clarifier l'interprétation de l'article 41 de la loi du 7 mars 1925 dont la rédaction est assez ambiguë. Et ce n'est pas un moindre avantage.

L'article 31 nouveau de la loi du 24 juillet 1867, modifié par les lois des 22 novembre 1913 et 1er mai 1930, attribue à l'assemblée générale extraordinaire de toute société par actions un pouvoir absolu en matière de changement de forme, moyennant le quorum irréductible des trois quarts du capital social. C'est dire à l'évidence que la transformation est envisagée par la loi comme une hypothèse normale qui n'entraîne pas la disparition de la personnalité de la société. L'alinéa premier de ce même article précise, d'autre part, que l'assemblée générale « ne peut toutefois changer la nationalité de la société ou augmenter les engagements des actionnaires ». Dans certains cas, nous le verrons, la transformation d'une société anonyme en une société de forme différente a pour conséquence d'entraîner une augmentation des engagements des actionnaires et nécessite, à ce titre, l'unanimité de leurs consentements. Est-ce à dire que, dans cette hypothèse, l'être moral disparaît ? Nous ne le pensons pas. Il faut recourir, pour résoudre cette difficulté, à l'application des principes généraux du Droit en cette matière et nous verrons bientôt que tous les auteurs et la jurisprudence s'accordent pour reconnaître qu'un changement de forme, réalisé à l'unanimité des voix, n'emporte pas disparition de l'être moral. Le bénéfice de la même remarque s'étend aux sociétés à responsabilité limitée auxquelles l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 accorde la faculté de se transformer à la majorité des trois quarts. *A fortiori,* le changement réalisé par un vote unanime n'emporte-t-il pas création d'un être moral nouveau.

L'article 41 de la loi du 7 mars 1925 est ainsi rédigé :

> Les sociétés en nom collectif ou en commandite et les sociétés anonymes, constituées antérieurement ou postérieurement à la présente loi, peuvent se transformer en société à responsabilité limitée. Sous la même réserve, les sociétés à responsabilité limitée constituées conformément à la présente loi pourront se constituer en sociétés anonymes.

---

1. V. Lyon, 6 février 1868 (*S.*, 1868-2-165) ; Paris, 16 août 1879 (*S.*, 1880-118) ; Paris, 7 avril 1887 (*S.*, 90-2-238) ; Trib. Com. Seine, 1er février 1892 (*Journ. Soc.*, 1893, 351) ; Paris, 16 juin 1893 (*Journ. Soc.*, 1893, 533) ; Cass. req., 24 janvier 1893 (*Journ. Soc.*, 1893, 162) ; Cass. req., 26 octobre (*Journ. Soc.*, 1911-110). V. *contra* : Besançon, 15 juin 1869 (*D.*, 1870-2-13 ; *S.*, 1870-2-105).

La rédaction de cet article ne donne, par elle-même, lieu à aucune difficulté d'interprétation. Mais les explications orales du rapporteur de la loi, M. Chapsal, semblent démentir la signification de ce texte.

Dans le rapport rédigé par M. Dupuich, la commission chargée par la Société d'études législatives d'étudier le projet de loi sur les sociétés à responsabilité limitée, avait proposé de compléter le texte relatif à la transformation en y transposant des dispositions analogues à l'article 18 de la loi du 31 juillet 1920. Le texte finalement proposé était ainsi rédigé :

Ces transformations ne seront pas considérées comme créant un être moral distinct, la société nouvelle n'étant que la continuation de l'ancienne.

Quelques mois plus tard, M. Manceau, représentant la commission du commerce et de l'industrie de la Chambre des députés, déposa un rapport qui tenait grand compte des travaux précités. Mais l'article 43 du rapport, relatif à la transformation, était veuf du principe d'après lequel la transformation n'emporte pas disparition de l'être moral. Que faut-il conclure ? Il semble bien, étant donné le respect avec lequel les solutions proposées par la Sociétés d'études législatives avaient été reprises, *in extenso,* par le rapport Manceau, que la suppression dans le rapport du principe général de non-création d'un nouvel être moral répond à un souci d'économie. Le législateur digne de ce nom se recommande en général par sa concision. Il n'aime pas alourdir un texte par des truismes. Les membres de la commission de la Chambre ont supprimé le principe parce qu'il énonçait une solution acquise, une vérité qui allait de soi. S'ils avaient été d'un avis différent, ils l'auraient exprimé, justifié en quelque endroit, sinon dans leur projet de loi. Or, il n'existe aucune trace d'une semblable divergence d'opinion.

Mais ce n'est pas ainsi que M. Chapsal, dans son rapport au Sénat, interprète l'absence, dans le rapport, de toute disposition relative aux effets de la transformation. A la séance du Sénat du 17 février 1925 [1], il déclare en effet :

... Je termine, Messieurs, par une indication qui est de nature à intéresser tous ceux d'entre vous qui voudront transformer leur société actuelle en société à responsabilité limitée. D'après la jurisprudence, toutes les fois que la transformation a été prévue par les statuts et, d'une façon générale, toutes les fois qu'on veut transformer une société existante en une société d'un autre type, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas création d'un être moral nouveau lorsque cette modification est prévue et organisée par les statuts. C'est l'être existant qui continue sous une autre forme. Les sociétés qui voudraient se transformer, car elles ne pouvaient prévoir la législation nouvelle des sociétés à responsabilité limitée, devront donc commencer par

1. V. *J. Of.*, 18 février 1925, débats, Sénat, p. 124.

insérer dans leurs statuts la possibilité d'opérer cette transformation et postérieurement, elles réaliseront la transformation ; ainsi elles éviteront légitimement la perception de droits d'enregistrement... C'est un conseil que je donne dans l'intérêt de nos organismes commerciaux ou industriels et en vue de faciliter des transformations, dont bénéficiera la prospérité générale. Il vaut mieux montrer à tous le système légal reconnu par la jurisprudence que de le réserver à quelques privilégiés entourés de conseillers experts.

A vrai dire, il paraît bien étrange que M. Chapsal, qui voulait incontestablement vulgariser la nouvelle forme de société, en faciliter l'accès aux sociétés déjà existantes, ait proposé au Sénat un texte dont il déplorait lui-même l'équivoque. N'eût-il pas été plus simple d'en exiger le remaniement ?

Malgré l'intérêt présenté par la disposition envisagée, lit-on dans le rapport au Sénat, et le désir que nous aurions de favoriser la transformation des sociétés existantes en sociétés à responsabilité limitée, nous sommes d'avis de ne pas apporter de modification au texte tel qu'il a été voté par par la Chambre [1].

M. Coignet, ancien président de la Chambre de commerce de Lyon, manifesta à la séance du Sénat du 17 février un sentiment analogue. En réalité, MM. Chapsal et Coignet n'ont pas cru que l'article 41 pourrait donner lieu à de grands inconvénients et ont hésité à retarder, par un renvoi devant la Chambre à fin de rectification, la mise en pratique d'une loi qu'ils étaient pressés de voir appliquer.

La logique contredit l'interprétation de M. Chapsal. Comment pourrait-on expliquer qu'une transformation autorisée par la loi puisse avoir pour effet de dissoudre l'être moral primitif pour en faire naître un nouveau, avec tout le cortège des inconvénients civils et fiscaux que cette opération comporterait ? A quoi servirait, dans ce cas, l'intervention du législateur ? Des arguments d'analogie infirment les observations de M. Chapsal : l'interprétation par les tribunaux des articles 19, 46, 47 de la loi de 1867. L'hypothèse est la même et les explications données ci-dessus [2] conservent leur valeur. A notre connaissance il n'existe d'ailleurs aucune décision de jurisprudence qui ait confirmé la thèse de M. Chapsal. Bien au contraire [3]. Au reste, l'Administration de l'Enregistrement, qui est la pierre de touche en la matière, reconnut, à plusieurs reprises, que la transformation entrant dans le cadre des prévisions de l'article 41 de la loi du 7 mars 1925 n'emportait pas substitution d'une nouvelle société à l'ancienne, lors même que les statuts primitifs n'auraient rien prévu. L'instruction n° 3851 du

1. *Rev. Soc.*, 1925, pp. 210-211.
2. V. *supra*, n° 21.
3. V. not. Lyon 1931 (*Journ. Soc.*, 1932, 358) ; Req. 3 nov. 1937 (*Rev. gén. droit com.*, p. 299).

11 avril 1925 de la direction générale de l'enregistrement sur le régime fiscal des sociétés à responsabilité limitée [1] précise en effet :

Le simple changement de forme n'opère ni la dissolution de la société primitive, ni la constitution d'un être moral nouveau, et l'acte qui le constate ne donne ouverture qu'au droit fixe de 6 francs en principal des actes innomés.

Des réponses du ministre des finances fournissent des solutions analogue [2]. Saurait-on être plus royaliste que le roi ?

Jusqu'à l'ordonnance du 12 octobre 1945, les coopératives agricoles pouvaient se constituer sous la forme d'une société civile ou d'une société commerciale, la variabilité d'un capital, qui est la caractéristique essentielle de ces coopératives, pouvant coiffer l'une et l'autre de ces formes. Mais l'ordonnance du 12 octobre, dans son article 1er, suprime cette dualité, en installant le régime juridique de la coopérative agricole sur une base civile [3]. Il en résulte que les sociétés coopératives agricoles, constituées sous forme de sociétés anonymes avant 1945, devront se transformer en sociétés civiles. Nous ne pensons pas que cette transformation qui, si elle n'a pas été expressément prévue par la loi, découle nécessairement de sa mise en vigueur, affecte l'intégralité de l'être moral.

En conclusion, on peut donc poser en règle ferme, conformément à une jurisprudence peu nombreuse mais constante, conformément à l'esprit du législateur, que le changement de forme d'une société, prévu par la loi, n'emporte pas disparition de l'être moral.

§ 2. — Transformation opérée en vertu des statuts primitifs

25. — La pratique et les auteurs n'ont jamais hésité à poser que la transformation opérée en vertu d'une disposition statutaire produisait le même effet que celle découlant d'un texte de loi, c'est-à-dire laissait subsister la personnalité morale de la société. La manière dont la jurisprudence a dégagé ce principe a conduit la doctrine dominante à chercher dans la notion de novation une justification de ce phénomène.

L'expression « statuts primitifs » est d'ailleurs entendue largement.

I. — Justification de ce principe.

26. — La question qui se pose est délicate. Elle consiste à savoir si la volonté des parties, insérée dans l'acte constitutif, a pour effet que

1. V. *Journ. Soc.*, 1925, pp. 599-600.
2. V. *Journ. Soc.*, pp. 313, 316, 604 sq. et 1931, p. 178.
3. V. thèse Chambarière précitée, pp. 53 sq.

la société, originairement créée sous une certaine forme, puisse, par la suite, se transformer en société d'un autre type, sans perdre son individualité. En d'autres termes, y a-t-il disparition de l'être moral lorsque la transformation avait été prévue dans les statuts primitifs ?

La jurisprudence résout cette question par la négative. Elle a, peu à peu, bâti un système auquel elle s'est toujours tenue. Système nuancé mais rigide et suffisamment cohérent pour qu'on puisse le systématiser sans risquer l'arbitraire d'une classification artificielle. Ce système, diversement accueilli par les auteurs, a fini par rallier leur majorité.

27. — a) *Justification par la jurisprudence.* — Il n'est guère possible de fixer très exactement la date à laquelle la pratique a eu pour la première fois à s'occuper des problèmes engendrés par les transformations de sociétés. La première décision publiée qui ait trait à cette opération paraît être un arrêt de la Cour de Lyon, du 6 février 1868 [1]. Deux décisions antérieures, souvent citées, Paris, 24 mars 1859 [2] et Cassation civile, 29 mars 1864 [3], ne concernent pas le phénomène de transformation, mais une hypothèse voisine : la fusion des sociétés commerciales.

Bien qu'aucune décision et aucun auteur ne mentionnent l'article 19 de la loi du 24 juillet 1867, il n'est pas interdit de penser que l'exemple de ce texte soit à la base de l'opinion suivant laquelle une transformation prévue par les statuts primitifs n'entraîne pas disparition de la personnalité morale de la société. Mais le législateur de 1867 s'est-il borné à consacrer un usage établi ou y a-t-il de sa part une création originale ? L'absence de jurisprudence sur la question, avant 1867, ne permet pas de répondre.

Un jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 1er juillet 1899 [4], statue sur la transformation d'une société en nom collectif en commandite :

> ...Attendu que, de plus, une transformation de cette nature était prévue par les statuts originaires qui stipulent, sous l'article 17, qu'en cas de décès d'un des associés, la société continuera avec les héritiers ou représentants devenus simples commanditaires.

Les décisions rendues sur la transformation d'une société en nom collectif et statuant dans le même sens que la précédente sont nom-

---

1. *D.P.*, 1868-2-63 et *S.*, 1868-2-165.
2. *D.P.*, 1859-2-146 et *S.*, 1859-2-437.
3. *S.*, 1874-1-489.
4. *Journ. Soc.*, 1900, 83.

breuses [1]. Une solution de la régie du 3 octobre 1888 [2] donne une solution analogue.

La transformation d'une société en commandite simple en une société d'un autre type, dûment prévue par les statuts, laisse intacte la personnalité morale de la société [3]. Le principe est constant et le tribunal civil de la Seine a pu confirmer cette jurisprudence le 11 mai 1944 [4].

La transformation d'une société en commandite par actions, obéit aux mêmes règles. En général, une société de ce type se transforme en société anonyme. Nous avons déjà vu que ce type de transformation n'entraîne pas création d'un être moral nouveau, puisque la loi la prévoit (article 19, L, 24 juillet 1867). Mais encore, faut-il que cet article soit obéi, c'est-à-dire que les statuts primitifs de la société doivent autoriser la transformation. La Cour de cassation, le 27 juillet 1890, a eu l'occasion de préciser son point de vue :

...Attendu, sans qu'il soit besoin d'examiner si la transformation de la société en commandite par actions en une société anonyme, alors que les statuts ne l'avaient ni prévue, ni permise, peut avoir pour résultat de substituer une nouvelle personne morale à l'ancienne [5]...

La transformation d'une société anonyme en société d'un autre type est aujourd'hui considérée, en vertu de l'article 31 de la loi de 1867 (mod. L, 1er mai 1930), comme n'entraînant pas disparition de la personnalité morale. Mais, avant la loi du 22 novembre 1913, la question se résolvait eu égard aux prévisions des statuts primitifs, selon qu'ils avaient ou non prévu la transformation en société en nom collectif, en commandite simple ou en commandite par actions [6].

---

1. V. par ex. : Trib. civil, Valenciennes, 29 avril 1898 (*Journ. Soc.*, 1899, 92) ; Trib. civ. Reims, 14 mars 1905 (*Journ. Soc.*, 1906, 231) ; Trib. civ. Vannes, 26 juin 1928 (*Journ. Soc.*, 1930-600) ; Trib. civ. Laon, 1er avril 1912 (*Journ. Soc.*, 1913, 283) ; Trib. civ. Seine, 4 décembre 1891 (*Rép. pér.*, art. 7809).

2. *Rép. pér.*, art. 7352. *Adde* différentes réponses ministérielles : *J. O.*, 3 oct. 1925 et *J. O.*, 7 oct. 1927. V. dans le même sens une solution du 15 mai 1869 (Garnier, *Rép. prat.*, art. 3118).

3. Trib. civ. Hanoï, 31 déc. 1905 (*Journ. Soc.*, 1907, 525) ; Trib. civ. Bar-sur-Aube, 5 juin 1896 (*Journ. Soc.*, 1897, 313). *Adde :* note R. B. sous Lyon, 25 juillet 1925 (*Journ. Soc.*, 1926, 537). *Adde :* solution de la Régie du 5 avril 1897 (*Journ. Soc.*, 1898, 140).

4. *Rev. enreg.*, 12076.

5. *S.*, 1891-1-183. *Adde :* Paris, 16 août 1879 (*Journ. Soc.*, 1880, 118) ; Paris, 7 avril 1887 (*S.*, 1890-2-238) ; Trib. com., Le Havre, 9 mars 1909 (*Journ. Soc.*, 1910, 225) ; Rouen, 4 juin 1934 (*D. H.*, 1935 ,sommaires 4). *Adde :* Trib. civ. Bordeaux, 7 mai 1873 (*Rép. pér.*, art. 3892) ; Rennes, 26 mai 1884 (*Rép. pér.*, art. 6522) ; Rép. 12 mars 1888 (*D.*, 1888-1-407).

6. V. Cass. civ., 11 avril 1905, *a contrario* (*Journ. Soc.*, 1906, 11 ; *D.*, 1906-1-460 ; *S.*, 1906-1-361, note Wahl) ; Trib. civ. Seine, 21 mai 1898 (*Journ. Soc.*, 1898, 509) ; Cass. civ., 22 fév. 1937 (*Inst.*, 4383, paragraphe 16, *R. E.*, 10931).

Notons enfin qu'il fut également décidé par la jurisprudence que la transformation, prévue par les statuts, d'une société civile anonyme ne donnait pas naissance à une société nouvelle [1].

28. — b) *Justification par la doctrine.* — Ce système prétorien a été diversement commenté par les auteurs. Le laconisme des décisions de justice dont les attendus semblent admettre la non-disparition de la personne morale lorsque la transformation était prévue par les statuts primitifs, a laissé le champ libre à l'ingéniosité des auteurs .

Les premiers commentaires parurent à l'occasion de deux arrêts rigoureusement contradictoires, rendus sur deux espèces semblables, à un an d'intervalle, par la Cour de Lyon [2] et la Cour de Besançon [3]. Il s'agissait dans les deux cas de la transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme. Dans les deux hypothèses, les statuts des sociétés primitives étaient muets, sinon l'article 19 de la loi du 24 juillet 1867 se fût appliqué et aucune difficulté n'eût été soulevée au sujet de la création ou de la non-création d'un être moral nouveau.

La Cour de Lyon opta pour la création d'une société nouvelle :

...Attendu que vainement on objecte que la transformation d'une société n'est pas la création d'une société, et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer, dans la circonstance, les dispositions du paragraphe 2 de l'article 27 de la loi du 24 juillet 1867; qu'à proprement parler, une transformation aussi importante que celle d'une société en commandite est bien la constitution d'une société nouvelle; qu'on doit se conformer, en ce cas, aux formalités constituantes prescrites par le législateur, avec d'autant plus de raison qu'il est dans la nature des choses que tous les ayants droits soient consultés sur la création de la société anonyme qui se substitue à la société en commandite.

La Cour de Besançon opta pour le maintien de l'être moral primitif :

...Considérant que, quelle qu'ait été sur ces matières l'ancienne jurisprudence du Conseil d'Etat, la question doit se résoudre uniquement par la loi du 24 juillet 1867 et selon l'esprit libéral de cette loi; que l'article 19, en autorisant la conversion d'une société en commandite en anonymat libre, n'exige pas qu'il y ait liquidation de la société antérieure et institution d'une société nouvelle; que la transformation n'est pas l'anéantissement de l'état ancien et n'équivaut pas à une création; que, lorsque les personnes et les choses restent les mêmes, elle ne change pas la société au fond et ne la modifie que dans sa forme; que les dispositions relatives à la publicité, comme l'indiquent les articles 55 et 61, paragraphe 3, distinguent la constitution proprement dite d'une société et la conversion opérée conformément à l'article 19; que la société anonyme, issue de la société en commandite, est la continua-

1. Trib. civ. Lyon, 2 février 1892 (GARNIER, *Rép. pér. de l'enregistrement*, art. 7987). *Adde* : Réponse ministérielle au *J. O.*, 11 mars 1939.
2. *S.*, 1868-2-165 et *D.*, 68-2-63, arrêt du 6 février 1868.
3. 15 juin 1869 (*D.*, 1870-2-13 ; *S.*, 1870-2-105).

tion de celle-ci, le titre II de la loi de 1867 s'appliquera d'une manière absolue, mais dans toutes les dispositions qui peuvent s'approprier à une situation préexistante.

Dans une note au *Dalloz,* sous ce dernier arrêt [1], un arrêtiste anonyme critique la décision, motif pris de ce que la forme des sociétés tient à leur essence.

Le législateur, y lit-on, reconnaît trois catégories principales de sociétés : la société en nom collectif, la société en commandite et la société anonyme. A quel point de vue s'est-il placé pour opérer cette classification ? Est-ce au point de vue de la chose qui fait l'objet de la société et des personnes qui la composent ? Assurément non, car les mêmes personnes peuvent, pour exploiter la même chose, constituer, à leur gré, une société en nom collectif, ou une société en commandite, ou même une société anonyme. Le législateur s'est placé exclusivement au point de vue du mode de fonctionnement de la société, c'est-à-dire de sa forme organique, ou plus simplement de sa forme.

Simple constatation, cette affirmation n'est pas une explication juridique.

Dans une note non signée sous le même arrêt, mais au *Recueil Sirey* [2], un auteur ébauche une explication intéressante du phénomène de transformation :

Lorsqu'une société se place dans la forme de la commandite sous réserve de se transformer en anonymat si telles circonstances se réalisent, dans ce cas la transformation n'opère pas une reconstitution de la société *ex nova causa,* mais *ex antiqua causa.* La société n'est pas constituée de principe sous l'alternative expressément convenue et publiée d'adopter l'anonymat ou de rester en commandite. Un genre de personnalité sociale succède alors à un autre, mais en vertu d'un seul et même contrat. Les tiers ont été prévenus.

Explication cohérente, constructive, qui fait reposer la transformation prévue statutairement sur la notion juridique de *novation.* L'originalité de cette interprétation eût mérité une signature.

Ainsi donc, deux systèmes d'explication. Le premier, rigoureux, pose que, dans tous les cas, la personnalité qui se transforme disparaît pour faire place à un nouvel être moral. La seconde opinion, au contraire, est plus nuancée puisqu'elle admet que la transformation, initialement prévue, n'emporte pas disparition de l'être moral. Ces deux systèmes ouvrent deux parenthèses à l'intérieur desquelles on peut ranger les explications des auteurs de droit commercial.

29. — *Opinion de Wahl.* — Wahl, à plusieurs reprises, affirma son adhésion à la première opinion. Dans une note sous un arrêt de la

1. *D.*, 1870-11-13.
2. *S.*, 1870-1-125.

Cour de cassation du 11 avril 1905 [1], il conclut qu'en toute hypothèse, une société qui sort de la catégorie où elle se trouvait rangée par la loi pour entrer dans une autre catégorie, devient une société nouvelle. Et il cite Thaller pour l'approuver :

Une transfusion de sang n'est possible que si l'ancienne personne disparaît et qu'une autre prenne sa place [2].

La note de M. Wahl laisse présager l'esprit d'un important article que cet auteur fit paraître au *Journal des Sociétés*, en 1910 [3], et dont certains passages sont particulièrement explicites :

En principe, la transformation d'une société en une autre société d'un autre type emporte dissolution de la société qui se transforme et création d'une société nouvelle. La loi, en effet, établit divers types de sociétés qui se distinguent les unes des autres et qui ont chacune la personnalité morale. Donc, une société qui abandonne sa forme primitive pour en prendre une autre, rentre dans une catégorie légale différente et se dépouille de la personnalité attachée à sa première forme, pour acquérir la personnalité attachée à une forme différente. On objecte donc à tort qu'une société qui conserve son objet ne fait que changer d'enveloppe; c'est à cette enveloppe précisément qu'est attachée la personnalité.

Et après avoir ainsi justifié son opinion, Walh critique la thèse de la novation :

On reconnaît généralement que si la transformation est prévue par les statuts, cette transformation n'emporte pas constitution d'une société nouvelle, mais simplement modification des statuts antérieurs. Nous avons ailleurs contesté l'exactitude de cette solution et soutenu que la transformation, même prévue par les statuts, emporte constitution d'une société nouvelle. Le système généralement admis repose sur l'idée qu'une transformation prévue ne porte pas atteinte aux bases *essentielles* du contrat social; elle transporte sur un terrain où elle n'a que faire la théorie adoptée par la jurisprudence sur les pouvoirs des assemblées extraordinaires dans les sociétés anonymes. Cette théorie repose sur la volonté des associés, laquelle règle souverainement la mesure dans laquelle la majorité peut enlever ses droits à la minorité. Elle ne peut être utilisée lorsqu'il s'agit de savoir si une société qui se transforme devient une société nouvelle; car c'est la loi qui, par des textes d'ordre public, distingue les sociétés suivant leurs formes et attache à chaque espèce de forme des effets particuliers.

Mais Wahl reconnaît que son opinion n'est pas admise en général et il conclut :

1. *S.*, 1906-1-362 sq.
2. Note au *Dalloz*, 1893, 1, 113. *Adde* : ARTHUYS, t. II, n° 619.
3. « De la transformation des sociétés », *Journ. Soc.*, 1910, pp. 97 sq.

Mais nous n'entendons pas ici revenir sur la question et, dans les développements qui suivent, nous considérerons comme exacte la distinction fondamentale faite par la jurisprudence et les auteurs[1].

30. — *Opinion de Lacour.* — M. Lacour étudia, en détail lui-aussi, la transformation des sociétés et les problèmes qu'elle engendre[2]. En bon praticien, Lacour signale la controverse, rapidement, et passe à l'examen de la jurisprudence. Bien que cet auteur ne prenne pas nettement parti, il semble bien qu'il se rallie à la théorie de la novation :

...Nous voyons qu'il est possible de donner à l'organisme social la plasticité voulue pour qu'il se prête à un pareil changement. L'intention des contractants est souveraine, tant qu'elle ne se heurte pas à une prescription légale d'ordre public; et on n'aperçoit ici aucun texte, ayant ce caractère, qui puisse lui faire échec. On peut donc tenir pour conforme aux principes du droit la distinction suivante, qui a prévalu dans la pratique : si la transformation n'a pas été prévue par l'acte constitutif, elle implique dissolution de la société et création d'un être moral nouveau; si, au contraire, les statuts l'ont prévue, elle a le caractère d'une simple modification statutaire.

Le même auteur critique le système de la novation, tout en l'admettant :

On a dit que, dans ce cas (en cas de précision par les statuts de la société), la transformation n'opère pas une reconstitution de la société *ex nova causa*, mais bien *ex antiqua causa*. Cette formule prête à la critique[3] en ce qu'elle semble indiquer que les statuts donnent à la société telle forme sous condition résolutoire et telle autre forme sous condition suspensive : de sorte que la condition (c'est-à-dire la décision relative à la transformation) venant à se réaliser, la société serait considérée comme ayant toujours existé sous cette dernière forme. Il est impossible d'approuver cette doctrine. Le type juridique de la société est un élément essentiel qui doit être arrêté d'une façon ferme, au moment de sa constitution, et ne peut être laissé en suspens pendant une période plus ou moins longue : les droits qui en résultent pour les tiers ne sauraient être exposés à tomber par l'effet rétroactif de la condition. Le jour où la transformation prévue par les statuts est décidée par les organes sociaux, elle produit ses effets pour l'avenir seulement, et non pour le passé. Néanmoins, on peut dire que, même après cette transformation, la société qui fonctionne est toujours celle que les statuts primitifs avaient prévue et organisée[4].

31. — *Opinion de M. Auger.* — Dans une série d'articles publiés en 1925 par la *Revue des Sociétés*[5], M. Auger adhère à la théorie de la

---

1. Wahl, *op. cit.*, p. 103, n° 9.
2. « Dans quels cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-elles pour effet de dissoudre cette société et de créer une société nouvelles ? » *Journ. Soc.*, 1913, pp. 97 sq.
3. V. Wahl, *Traité du régime fiscal des sociétés*, note 5 de la p. 35.
4. *Op. cip.*, p. 153, note 3.
5. *Rev. Soc.*, 1925 ; *Bulletin*, pp. 163 sq. et pp. 257 et suivantes.

novation. A plusieurs reprises, il explique pourquoi la transformation réalisée conformément aux précisions statutaires, n'emporte pas création d'un être moral nouveau.

Pourquoi la transformation crée-t-elle une société nouvelle ? Parce qu'elle entraîne une véritable novation par changement des obligations réciproques des associés et, par conséquent, l'extinction de ces obligations. Novation par changement de cause : en effet, les obligations contractées par chaque associé dans le pacte social, obligations synallagmatiques, ont pour cause les obligations semblables contractées par les autres. Que ces obligations viennent à être radicalement modifiées par la transformation, les obligations de chaque associé perdent leur cause et sont par conséquent éteintes. Mais si, au contraire, la transformation est autorisée, soit par les statuts, soit par une disposition expresse de la loi, chaque associé a accepté la possibilité d'une transformation et a, par conséquent, accepté de donner éventuellement pour cause, à ses propres obligations qu'il veut bien modifier, les obligations nouvelles qui résulteraient pour ses coassociés de la forme adoptée par la société. Il ne se produit donc plus de novation et, par suite, pas de rupture du lien social [1].

Nous lisons plus loin :

Or, l'être social naît de l'accord des parties sur les droits et obligations déterminés dans le pacte social : les devoirs de chaque associé constituent la *cause* de l'obligation des autres. La modification de ces derniers produits donc une *novation par changement de cause* dans les termes de l'article 1271, du Code civil, des obligations réciproques des associés, par conséquent l'extinction de ces obligations (art. 1234 du même Code) et la rupture du pacte social initial remplacé par un nouveau contrat. La rupture du pacte social initial a pour conséquence nécessaire la *dissolution* de l'être moral dont l'existence était subordonnée au maintien en vigueur de ce contrat : d'où il suit que la transformation de la société entraîne sa dissolution, à moins que l'on ne se trouve dans un des cas exceptionnels auxquels il a été fait allusion plus haut (c'est-à-dire des prévisions statutaires ou légales [1]).

L'auteur étudie en dernier lieu la notion de novation en elle-même :

Comment admettre que constitue novation un acte qui n'est que l'application pure et simple du contrat ? Certains auteurs disent en pareil cas que la novation a lieu *ex antiqua causa*. Arthuys (*loc. cit.*) s'empare de cette expression et la critique, parce que, si elle était exacte, la transformation remonterait rétroactivement à l'origine de la société, comme par le fait d'une condition, alors qu'elle n'a évidemment d'effet que pour l'avenir. Arthuys donne aux mots *ex antiqua causa* un sens qu'ils n'ont pas : ils signifient seulement que les obligations résultant pour les associés du nouvel état de choses ont leur source dans le pacte social [2].

1. *Loc. cit.*, p. 169.
2. *Op. cit.*, p. 262.

II. — *Contenu de l'expression « statuts primitifs ».*

32. — La jurisprudence et les auteurs admettent unanimement, par extension de l'hypothèse de transformation prévue par les statuts primitifs, qu'il n'y a pas non plus disparition de l'être moral lorsque la clause d'autorisation n'a été introduite dans les statuts que pendant le cours de la vie sociale, pourvu qu'elle ait été valablement acceptée et publiée antérieurement à la transformation :

... Attendu qu'en réalité aucune modification n'a été apportée préalablement aux statuts primitifs, et que, dans tous les cas, pour répondre aux vœux et aux exigences de la loi, elle aurait dû intervenir antérieurement à la transformation elle-même et être portée en temps utile à la connaissance des tiers... lit-on en effet dans un jugement du Tribunal civil de Bar-sur-Aube, en date du 15 juin 1896 [1].

Par contre, on s'accorde généralement à reconnaître que la modification des statuts, faite par le même acte que la transformation, n'empêcherait pas la disparition de la personnalité morale de la société. On estime, en effet, dans ce cas que la première société est dissoute et que les deux opérations, modification des statuts et transformation proprement dite, n'en font qu'une [2]. Le jugement précité du Tribunal civil de Bar-sur-Aube, qui contient décidément bien des choses précise à cet égard :

... (Attendu) que les défendeurs ne sauraient prétendre qu'ils ont, en un seul et même acte, opéré une modification statutaire, toujours permise par la loi, et immédiatement après, en vertu de ce pacte nouveau, une transformation de société rentrant alors dans les statuts ainsi modifiés ; qu'en réalité aucune modification n'a été apportée préalablement aux statuts primitifs [3]...

SECTION II

LA TRANSFORMATION EMPORTE DISPARITION DE L'ETRE MORAL

33. — Il découle logiquement de ce qui précède que la transformation emporte disparition de l'être moral lorsqu'elle n'a été envisagée ni par une loi ni par les statuts de la société préexistante. Il en va

---

1. *Journ. Soc.*, 1897-313. Voir dans le même sens : Wahl (*Journ. Soc.*, 1910, p. 104, n° 11), Lacour (*Journ. Soc.*, 1913, p. 150, n° 23, note 1) et Auger (*Rev. Soc.*, 1925, pp. 262 et 263).

2. Mêmes références que celles de la note précédente.

3. V. même sens : Trib. Rennes, 26 mai 1884 (*Journ. enreg.*, n° 22445) ; Trib. Seine, 4 décembre 1891 (*Rép. pér.*, art. 7803) ; Trib. Lille, 16 mars 1906 (*Rép. pér.*, art. 8457). Voir pourtant : Trib. Lille, 29 juin 1894 (*Réf. pér.*, n° 8457) et Trib. Seine, 1er juillet 1899 (*Journ. Soc.*, 1900-83).

ainsi, non seulement en cas de silence de la loi ou des statuts, mais aussi lorsque l'opération s'effectue dans des conditions qui n'étaient pas prévues.

§ 1. — Silence de la loi et des statuts.

34. — La loi est muette, les statuts primitifs sont muets. Il n'existe aucun acte modificatif des statuts. Dans ce cas, et conformément aux principes admis par la jurisprudence et les auteurs [1], la transformation doit entraîner la disparition de l'être moral [2].

Et cependant, certains auteurs, s'appuyant sur quelques décisions de jurisprudence, estiment que, même en l'absence de précision par la loi ou les statuts (originaires ou modifiés), le changement de forme n'emporte pas disparition de l'être moral lorsque les modifications apportées par la transformation sont de faible importance [3]. C'est ainsi, par exemple, qu'une société en nom collectif pourra se transformer en société en commandite simple par l'adjonction d'un commanditaire. A l'inverse, la commandite simple deviendra société en nom collectif par la retraite du commanditaire. L'arrivée ou la retraite du commanditaire n'entraîne pas, semble-t-il, de bouleversement dans les droits et obligations des associés ordinaires. Lorsqu'une société en nom collectif se transforme en société en commandite, la société ainsi constituée reste une société où le principe de la responsabilité personnelle demeure prédominant. D'autre part, dans une transformation de ce type, les membres de la société en nom collectif, en qualité de gérants de la société en commandite, demeurent indéfiniment responsables envers les tiers [4].

Il a été décidé de même que la transformation d'une commandite simple (ou inversement) en commandite par actions n'altérait pas la permanence de l'être moral. Une solution de la Régie des 9 et 12 juin 1863 penche en faveur de cette opinion [5]. La pratique manifeste une tendance marquée à admettre la permanence de la société primitive dans le cas où une commandite par actions décide que son capital cessera d'être divisé en actions et se transforme en commandite

---

1. V. *supra* n^{os} 24, 25 sq.
2. V. notamment : Lyon, 25 juillet 1925 (*Journ. Soc.*, 1926-537 ; Civ. 11 avril 1905 (*S.*, 1906-1-361) ; Civ., 29 juillet 1890 (*S.*, 90-1-183) ; Civ. 27 juillet 1890 (*D.*, 1891-1-54).
3. V. Auger (*Rev. Soc.*, 1925, p. 260). *Contra* : Lacour (*Journ. Soc.*, 1913, 157) et Wahl (*Journ. Soc.*, 1910-100).
4. Sol. Régie, 6 avril 1897 (*Journ. Soc.*, 1898-185) ; Trib. Remiremont. 25 janvier 1900 (*J. S.*, 1900-453) ; Trib. civ. Seine, 1er juillet 1889, *J. S.*, 1900-83). *Adde* : Auger, *op. cit.* p. 260.
5. *S.*, 1863-2-184.

simple [1]. Dans les deux cas, le gérant est responsable à l'infini des obligations sociales, tandis que les commanditaires ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur mise. La différence entre les deux types de sociétés provient du fait que la constitution de la commandite par actions est soumise à des règles strictes et plus sévères que celle de la commandite simple. De plus, dans la commandite par actions, les titres, représentés par des actions, sont librement négociables. Dans la commandite simple, représentés par des parts, ils sont tout au plus cessibles. M. Auger estime cette différence peu importante [2]. Il semble enfin raisonnable d'admettre que la transformation d'une société anonyme à capital variable en société anonyme ordinaire, ou réciproquement, n'a pas pour effet d'anéantir l'être moral, bien qu'elle n'ait pas été prévue et autorisée par les statuts. La société à capital variable constitue en effet, non pas un type de société distinct, mais une variété, une modalité particulière susceptible d'être adaptée à toute société [3], civile ou commerciale [4].

§ 2. — LA TRANSFORMATION EST OPÉRÉE DANS DES CONDITIONS DIFFÉRENTES DE CELLES QUE PRÉVOYAIENT LES STATUTS OU LA LOI. ELLE S'ACCOMPAGNE NOTAMMENT DE MODIFICATIONS QUI NE SONT PAS DE PURE FORME.

35. — En premier lieu, il se peut que les parties se mettent d'accord pour anéantir l'être moral qu'elles ont créé. En dépit d'une autorisation statutaire ou légale dont l'effet sauvegarde la permanence de l'être moral qui change de forme, les parties sont placées sans restriction sous le régime de la liberté des conventions et l'application logique de l'article 1134 du Code civil doit nécessairement permettre un tel résultat [5]. Nous envisageons ici une véritable hypothèse d'école, car il est peu vraisemblable que des associés refusent en toute conscience des avantages civils et fiscaux considérables qui leur sont acquis sans qu'ils aient à fournir aucun effort, sauf celui de se taire, pour les acquérir ou les conserver. Ce serait du pur masochisme. Les actes gratuits sont du ressort de la psychologie, mais le Droit les ignore, surtout le Droit commercial qui est avant tout pratique.

---

1. Trib. civ. Seine, 8 avril 186 (*Rép. prat.*, art. 1928) ; Cass., 9 août 1865 (*S.*, 1865-1-424 et *D.*, 1865-1-311) ; Trib. Péronne, 20 août 1884, et Cass., 10 avril 1887 (*S.*, 1889-1-33).

2. *Op. cit.*, p. 261. *Contra* : LACOUR, *op. cit.*, p. 160.

3. V. AUGER, *op. cit.*, p. 260 et note H. BOSVIEUX, sous Paris, 16 nov. 1929 (*Journ. Soc.*, 1930-279). *Adde :* LABORDE-LACOSTE, n° 683. V. *contra :* RIPERT, *Droit commercial*, n°s 1415 et 1459.

4. Cass. civ., 30 déc. 1940 (*Sem. jur.*, 411653, note D. BASTIAN et *S.*, 1941-1-30).

5. V. WAHL, *Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières*, n° 59 ; LACOUR, *op. cit.*, n° 14 ; AUGER, *op. cit.*, p. 259.

C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal civil de Vannes du 26 juin 1928 a pu décider que si les modifications de pure forme apportées aux statuts d'une société commerciale n'entraînent pas, en principe, constitution d'une société nouvelle lorsqu'elles ont été prévues par le pacte originaire, il en est autrement lorsque les actes relatifs à la transformation ne laissent aucun doute sur l'intention de nover, laquelle n'a pas besoin d'être exprimée spécialement ni en termes formels. En pareil cas, la charge de passif imposée à la société prétendue transformée donne ouverture au droit proportionnel de mutation :

...Attendu au surplus que les juges du fait apprécient souverainement l'intention des parties d'opérer ou non une novation ; or, attendu, dans l'espèce, que l'intention de nover n'est pas douteuse ; attendu, en effet, qu'au lieu de relater un simple changement de forme, les actes intervenus constatent : 1° La constitution d'une société anonyme avec l'observation stricte des formalités imposées par la loi du 24 juillet 1867 et les lois subséquentes concernant les sociétés commerciales ; 2° L'apport de tous les biens de la société en commandite, sauf les marchandises, approvisionnements et matières premières, à la société anonyme des fonderies de Kérino, à charge par celle-ci d'acquitter le passif social dont ces biens sont grevés ; 3° La coexistence pendant plusieurs mois des deux sociétés, l'une subsistant pour les besoins de sa liquidation, l'autre nouvellement formée... Attendu que, dans ces circonstances, il est impossible de soutenir que la société anonyme des fonderies de Kérino continue juridiquement la personne morale de la société en commandite simple Picquot et C^ie^, que les parties n'ont pas profité de la latitude que leur conféraient les statuts de la société en commandite et ont constitué une société entièrement distincte de celle-ci, etc... [1]

Il faut cependant noter que les tribunaux disposent d'un large pouvoir d'appréciation et ne s'en tiennent pas aux déclarations des parties. Dans une espèce soumise au tribunal de Remiremont, le 25 janvier 1900 [2], les termes employés par des associés en nom collectif dans la rédaction d'un acte modificatif, portant renouvellement de la société, déclenchèrent l'intervention de la Régie. Ils déclaraient, en effet, non pas proroger la société ancienne, mais en constituer une nouvelle, et ils ajoutaient qu'il serait procédé à la liquidation de l'actif et du passif de l'ancienne. Le tribunal ne s'est pas arrêté à ces apparences, qui ne constituaient en réalité que des maladresses de rédaction, et a considéré ce que les parties ont fait, non ce qu'elles ont dit.

... Mais attendu que les contractants ont commencé par déclarer expressément renouveler la société et ont manifesté la volonté formelle de maintenir l'ancien être moral ; qu'il faudrait que les stipulations de l'acte caracté-

1. *Journ. Soc.*, 1930, p. 600.
2. *Journ. Soc.*, 1900, p. 453.

risent bien nettement la constitution d'une société nouvelle pour qu'on puisse admettre qu'ils ont fait le contraire de ce qu'ils voulaient... Attendu qu'en se chargeant d'opérer seuls le remboursement des créances et d'effectuer à leurs risques et périls les transformations en cours d'exécution, les associés en nom collectif ont nettement manifesté leur intention de ne pas créer une société nouvelle, mais de continuer entre eux l'ancienne société, se bornant à prendre des précautions pour que l'entrée du commanditaire ne vînt en rien modifier les opérations en cours...

En second lieu, il est possible que le changement de forme, initialement prévu par les statuts ou par un acte postérieur modificatif, distinct, ou enfin par la loi, s'accompagne de modifications non prévues susceptibles à elles seules d'entraîner la disparition de l'être moral primitif. Nous nous bornerons ici à citer un exemple tiré de la jurisprudence récente pour donner dès maintenant une idée de la question. Le 11 mai 1944, le Tribunal civil de la Seine a pu décider que la conversion d'une société en commandite simple en société à responsabilité limitée entraîne la disparition de la personnalité morale de la société primitive, lorsque telle a été l'intention des associés et que, par ailleurs, le changement de forme s'accompagne de modifications portant sur certaines bases essentielles du pacte social (élévation du capital de 7.000 à 160.000 francs, longue prorogation de la durée de la société, admission d'un nouvel associé au sein de la collectivité) et que le capital de la société originaire a été intégralement remboursé aux associés [1].

Quelles sont les modifications qui sont capables, à elles seules, d'affecter l'existence de la personnalité morale de la société ?

Répondre à cette question revient à définir le contenu même de la notion de personnalité morale. Nous signalons ici le problème, sauf à le reprendre en détail lorsque nous prendrons parti sur la nature juridique de la personnalité morale [2].

1. *R. E.*, 12076.
2. V. *infra*, n° 81 sq.

CHAPITRE II

CONDITIONS IMPOSÉES PAR L'ABANDON DE LA FORME ANCIENNE POUR RÉALISER LA TRANSFORMATION

DU CONSENTEMENT DES ASSOCIES A L'OPERATION

36. — Pour réaliser la transformation, abandonner la forme ancienne, il importe de requérir le consentement des associés. Le mécanisme différent des divers types de sociétés, qui ont chacun une nature juridique et un fonctionnement propres, oblige à étudier séparément, en trois études distinctes, les consentements exigés dans les sociétés de personnes, dans les sociétés anonymes et dans les sociétés à responsabilité limitée.

Nous verrons que le Droit allemand connaît les mêmes solutions que le Droit français, en cette matière.

SECTION I

CONSENTEMENTS EXIGES DANS LES SOCIETES DE PERSONNES

37. — *Principes généraux.* — Il paraît utile de rappeler que l'adoption, par une société en nom collectif ou en commandite du type « à responsabilité limitée », expressément prévue par l'article 41 de la loi du 7 mars 1925, n'emporte pas disparition de l'être moral qui survit au changement de forme. Au contraire, l'adoption de la forme en commandite par actions ou de la forme anonyme entraîne, en principe, disparition de la personnalité morale, sauf prévision statutaire. La distinction précédente doit également être faite lorsqu'une société en nom collectif adopte la forme en commandite simple ou vice-versa [1].

1. V. *supra*, n° 27.

Le changement de forme pur et simple, qui n'affecte pas la pérennité de l'être moral, s'analyse en une simple modification des statuts. Quels consentements faudra-t-il réunir pour l'affecter ? Le caractère contractuel de la société en nom collectif ou en commandite simple place la réponse dans l'article 1134 du Code civil (auquel l'article 18 du Code de commerce renvoie expressément) :

> Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise...

Dans ce cas, la transformation, modification du contrat primitif, exigera le « consentement mutuel » des associés, c'est-à-dire leur unanimité [1]. Ce principe souffre parfois des dérogations. Il en va ainsi lorsqu'une clause contraire des statuts prévoit la faculté de modifier les statuts à la simple majorité des voix. Une telle clause est fréquente. Aucun principe juridique n'empêche de concevoir l'insertion aux statuts d'une clause dérogatoire qui irait jusqu'à permettre à une seule personne, au gérant par exemple, de décider la transformation. Peu importerait d'ailleurs que cette clause ait été insérée postérieurement à la rédaction des statuts primitifs. Dès l'instant qu'elle aurait été voulue par tous les associés, le principe consensualiste qui domine la matière des contrats n'aurait subi aucune atteinte, et la validité d'une telle opération ne fait aucun doute.

38. — *Consentement du gérant statutaire.* — Il importe à cette place d'examiner une question qui s'est posée avec force peu après la mise en vigueur de la loi du 7 mars 1925 : le consentement du gérant statutaire d'une société de personnes à la transformation de cette société en une société à responsabilité limitée.

Dans les années qui suivirent 1925, le succès obtenu par les sociétés à responsabilité limitée fut si grand que l'on se demanda si cette nouvelle forme de société n'allait pas exclure les autres types et particulièrement la société en nom collectif. Presque toutes les sociétés de personnes se transformaient. Les transformations étant unilatérales et se produisant toujours au profit du type de la loi de 1925, techniquement plus maniable, il importait de modifier en pratique l'application de certaines règles de cette loi pour rendre moins attrayante l'adoption de la forme « à responsabilité limitée ». La jurisprudence endigua cette vague de transformations par une exacte prévision de la psychologie du gérant des sociétés de personnes.

---

1. V. notamment : Laborde-Lacoste, *Droit commercial*, 3e éd., 358 ; Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, éd. 1948, 618 sq. Il est bien entendu que l'expression : « tous les associés » est inclusive des commanditaires de la société en commandite simple. V. sur ce point : Chambaz et Leblond, *Précis des sociétés*, n° 349.

La position du gérant de la société à responsabilité limitée était à l'origine aussi forte que celle du gérant des sociétés de personnes.

L'œuvre des tribunaux et des cours fut d'infirmer cette position.

L'article 24, 3e alinéa, de la loi du 7 mars 1925 porte que :

> Les gérants nommés par l'acte de société ou par un acte postérieur ne sont révocables que pour des causes légitimes.

La rédaction de ce texte l'apparente étrangement à l'article 1856 du Code civil écrit au titre du contrat de société et s'appliquant aux société de personnes :

> L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude. Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure ; mais, s'il n'a été donné que par un acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat.

Ainsi, si l'on excepte l'hypothèse du gérant non statutaire, simple mandataire qui est révocable *ad nutum* par l'unanimité des associés ou la simple majorité (si une clause du pacte est en ce sens), il reste que la désignation d'un associé comme gérant d'une société de personnes, insérée dans le pacte social, fait corps avec les statuts [1]. Ce lien entre le contrat de société et les statuts entraîne la conséquence fatale que le gérant statutaire, lorsqu'il est choisi parmi les associés, ce qui est le cas le plus fréquent, ne peut être révoqué que du consentement unanime de ceux-ci, toute modification au pacte social exigeant l'unanimité des voix. Partie à la rédaction des statuts, associé lui-même, le gérant statutaire devrait donc donner sa propre voix pour sa propre révocation. Une sorte d'instinct de conservaiton élémentaire l'empêchera évidemment de la donner et la seule ressource des associés qui voudront se débarrasser de leur gérant sera de s'adresser à justice pour obtenir « pour justes motifs », par application de l'article 1856 du Code civil, la révocation du gérant récalcitrant. Cette position quasi inexpugnable du gérant statutaire des sociétés de personnes impressionna les commentateurs de la loi de 1925 qui prétendirent étendre le bénéfice d'une solution analogue à la société à responsabilité limitée, motif pris d'une interprétation littérale des articles 1856 du Code civil et 24 de la loi du 7 mars 1925. Ainsi, le pouvoir de révoquer le gérant d'une société à responsabilité limitée, soutenaient-ils, appartient aux seuls tribunaux, à l'exclusion

---

1. Il est d'ailleurs indifférent que cette désignation se place au début de la société ou au cours de la vie sociale, cas auquel le gérant est désigné par une modification de l'acte de société publiée comme l'acte primitif. V. Req., 28 avril 1863 (*D.*, 1863-1-408). V. de même Ripert, *op. cit.*, n° 736. *Adde :* Cordonnier, « La notion de gérant statutaire », *Journ. Soc.*, 1931, pp. 1 sq.

de la collectivité des associés. A cet argument exégétique s'ajoutaient des considérations pratiques assez pertinentes : la société à responsabilité étant une société d'esprit familial, la situation du père de famille doit présenter, au sein de la société, de sérieuses garanties de stabilité ou de durée, sinon celui-ci risquerait de subir la volonté arbitraire de ses enfants [1].

Cela étant, le gérant statutaire d'une société de personne ne faisait aucune difficulté pour voter la transformation en société à responsabilité limitée. Il donnait toujours sa voix. Peu lui importait ce changement, puisque sa position de gérant de société à responsabilité limitée devait être aussi forte que celle qu'il avait dans la société de personnes. Aussi vit-on, peu après la parution de la loi de 1925, force sociétés de personnes, et plus particulièrement des sociétés en nom collectif, adopter le nouveau type. Le nombre des transformations de ce type était si grand que la Doctrine et la pratique s'émurent.

La Doctrine prit position. MM. Chambaz et Leblond [2], Lagarde [3], Bosvieux [4], s'élevèrent contre l'assimilation des articles 1856 du Code civil et 24 - 3° de la loi du 7 mars 1925 [5]. La conception primitive de la société à responsabilité limitée, envisagée à l'origine comme une société familiale, ne tarda pas d'ailleurs à évoluer, et la jurisprudence se trouva toute disposée à réagir.

Pour affaiblir la position du gérant statutaire de la société à responsabilité limitée, les tribunaux s'y prirent de plusieurs manières.

Tout d'abord, et même en l'absence de cause légitime, on reconnut à l'article 24 le caractère d'une disposition légale supplétive et non impérative, en sorte qu'une rédaction soigneuse des statuts suffirait à l'écarter. On admit même qu'une clause des statuts pourrait fort bien décider que le gérant statutaire serait révocable comme un mandataire ordinaire, c'est-à-dire *ad nutum* [6].

---

1. V. H. Solus, « Portée et effet de la révocation du gérant d'une société à responsabilité » (*J.C.P.* 1944-437).
2. *Précis des Sociétés*, n° 495.
3. Note au *Sirey*, 1932-2-34.
4. Note au *Journal des Sociétés*, 1939, p. 345.
5. L'opinion de ces auteurs est en tous points conforme d'ailleurs aux explications que les rapporteurs de la loi de 1925, MM. Manceau (à la Chambre des Députés) et Chapsal (au Sénat) ont données au sujet de l'article 24. M. Manceau dit notamment : « En réalité, il y a peu de différence entre le droit de révocation *ad nutum* et le droit de révocation uniquement pour causes légitimes. Il n'en résulte, en effet, aucunement que les associés soient obligés de prouver la légitimité de leurs griefs avant de procéder à la révocation. Celle-ci est un fait devant lequel le gérant ne peut que s'incliner, volontairement ou par autorité de justice, sous réserve des réparations qu'il se croira fondé à obtenir. » V. *Sirey*, « Lois annotées de 1925 », p. 1806.
6. Req., 21 mars 1939 (*Gaz. Pal.*, 1939-1-975, et *Journ. Soc.*, 1940-183). *Adde :* Houpin et Bosvieux, *Tr. des Soc.*, 7e éd., n° 1521 ; Drouets, *Tr. théorique et pratique des S.A.R.L.*, 2e éd., n° 301 ; Pic et Baratin, *Des S.R.A.L.*, n° 288.

Même lorsqu'il n'existe aucune clause de ce genre inscrite aux statuts, les tribunaux admirent la révocabilité du gérant par la majorité des associés, mais à condition que ceux-ci aient agi « pour une cause légitime ». Il n'est pas possible d'illustrer plus clairement cette démonstration que par ce passage d'un arrêt de la Cour de Paris du 25 avril 1938 :

... Considérant que si le principe de l'irrévocabilité des conventions a pu, dans les sociétés de personnes, faire considérer le pacte statutaire de gérance comme formant entre les parties une loi que seule une décision de justice pouvait modifier, il n'en saurait être ainsi dans les sociétés à responsabilité limitée, pour lesquelles l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 permet la modification des statuts à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social ; que ce principe domine la réglementation et le fonctionnement général des sociétés à responsabilité limitée ; que, pour en décider autrement, il faudrait un texte précis et formel ; que ce texte n'est pas l'article 24 qui se borne à assurer à tous les gérants la garantie des motifs légitimes à leur révocation et, par voie de conséquence, celle du recours possible devant les tribunaux [1]...

Si certaines hésitations ont pu se manifester alors quant à la majorité requérable pour la révocation du gérant, l'arrêt de la Chambre des requêtes du 21 mars 1939 a définitivement clos les discussions ; il faut la double majorité en nombre et en capital exigée par l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 [2].

La jurisprudence ne cesse d'interpréter de plus en plus libéralement la notion de cause légitime » [3]. Elle a même été jusqu'à admettre que le législateur de 1925, par ces mots, n'a pas uniquement entendu viser la faute grave du gérant, mais a entendu permettre également à la majorité d'être représentée par un mandataire de son choix. Par décision en date du 27 septembre 1946, le Tribunal de commerce de la Seine a admis que le changement de majorité à l'intérieur de la société constitue une cause légitime de révocation du gérant, si celui-ci n'agrée pas à la nouvelle majorité et que, en l'absence de rupture abusive

---

1. *J.C.P.*, 1938-11-765 et note J. R... ; *Journ. Soc.*, 1939, 345, note Bosvieux ; *Rev. Soc.*, 1938, 360. *Adde:* Colmar, 3 juillet 1937 (*D.*, 1938-2-9 et note Chéron).

2. *Gaz. Pal.*, 1939-1-974 ; *J.C.P.*, 1939-11-1218 et note J. R... ; *Journ. Soc.*, 1940, 182 ; *Rev. Soc.*, 1939, 200. Voir dans le même sens : note Lagarde, sous Rennes, 10 juillet 1931 (*S.*, 1933-2-34) et Bosvieux, *Journ. Soc.*, 1933, p. 435. *Adde :* Chéron (*D.*, 1935-2-65).

3. Sur la révocation en général du gérant de la S.A.R.L., voir : Cantenol, « La révocation des gérants statutaires », *Rev. Soc.*, 1943, 143 ; C. Prouvost, thèse Lille, 1946, n°s 106 sq. ; J. Leblond, *Journ. Soc.*, 1949, pp. 353 sq. *Adde :* Rev. *Soc.*, 1950, 106, V° « Documentation ». Sur quelques exemples de « motifs légitimes », voir : Paris, 24 juin 1944 (*J.C.P.*, 1944-11-3187) ; Trib. com. Saint-Etienne, 19 juillet 1944 (*Journ. Soc.*, 1949, 370) ; Aix-en-Provence, 13 novembre 1945 (*Journ. Soc.*, 1949, 370).

ou vexatoire, il ne peut y avoir lieu à dommages-intérêts pour le gérant révoqué [1]. Les associés peuvent, en outre, révoquer un gérant lorsqu'il s'agit de remplacer par un gérant unique la dualité de gérants et que cette modification aux statuts est justifiée par le souci d'alléger les frais de gestion et de mettre fin à une mésentente entre gérants susceptible de compromettre les intérêts de la société [2]. Il faut souligner qu'avec de telles décisions, on en revient pratiquement à la révocation *ad nutum* [3].

Mettons à part l'hypothèse où la répartition des parts sociales entre le gérant statutaire d'une société à responsabilité limitée et les autres associés serait telle qu'elle ne permettrait pas la révocation dudit gérant par une assemblée générale extraordinaire, aux conditions de l'article 31 de la loi de 1925 ; la seule voie ouverte aux associés serait, dans ce cas, le recours au Tribunal, une telle action revêtant le caractère d'une action sociale [4]. Cette hypothèse, à vrai dire fort rare, étant exceptée, il reste que la position du gérant de la société à responsabilité limitée est assez proche de ce qu'est celle de l'administrateur de société anonyme, révocable *ad nutum*.

Il en résulte dès lors que le gérant statutaire de la société de personnes qui jouit d'un poste inexpugnable et pour ainsi dire « féodal », refusera d'infirmer sa position en se transformant en gérant de société à responsabilité limitée et n'accordera jamais sa voix au cas d'une transformation de ce genre. Nous pensons toutefois qu'il ne ferait aucune difficulté s'il était assuré de détenir, dans la société à responsabilité limitée, plus du quart du capital social. Cette détention rédui-

---

1. V. Trib. com. Seine, 27 septembre 1946 (*J.C.P.*, 1947-11-3411, note critique J. Hémard ; *Journ. Soc.*, 1948, 266 ; *Rev. Soc.*, 1947, 124 ; *Gaz. Pal.*, 1946-2-239). Il est vrai que cette décision a été réformée en appel : Paris (3e Ch.), 15 février 1950 (*J.C.P.*, 1950, 554, et la note D. Bastian). La Cour précise : « ... Il n'est pas possible de considérer comme cause légitime un changement de majorité qui ne correspond pas toujours à un intérêt social. » Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 8 mai 1950 (*Rev. Soc.*, 1950, p. 282) montre bien que les tribunaux tiennent le plus grand compte des relations qui existent entre le gérant et les associés. La Cour modéra l'attribution de dommages-intérêts à un gérant statutaire israélite qui avait démissionné pendant l'occupation sous la contrainte des mesures raciales et que la nouvelle majorité refusait de réintégrer. Joints au caractère précaire de la fonction de gérant, les sentiments d'hostilité de la nouvelle majorité décidèrent la Cour.

2. V. sur ce point Montpellier, 14 décembre 1949 (*Rev. Soc.*, 1950, 40).

3. Il appartient d'ailleurs au juge, non seulement le cas échéant, d'allouer des dommages-intérêts à la victime, mais encore de prononcer la nullité de la révocation, lorsque la cause qui l'a motivée n'est pas légitime. V. Cass. req., 23 février 1944 (*S.*, 1946-1-91), note Lagarde, et *J.C.P.*, 1944-11-2722).

4. Trib. com. Nancy et cour de Nancy, 6 décembre 1948 et 9 décembre 1949 (*Journ. Soc.*, 1949, 378). Les associés, en l'espèce, détenaient les deux tiers du capital. *Cf.* : Cass., 8 juillet 1947 (*Journ. Soc.*, 1950, 16).

sant à néant les conditions de majorité prévues par l'article 31 de la loi de 1925 lui conférerait en, effet, une position aussi stable que celle qu'il occupait dans la société en nom collectif antérieure [1].

SECTION II

CONSENTEMENTS EXIGES DANS LES SOCIETES PAR ACTIONS [2].

39. — La présence, dans les sociétés par actions, de membres y figurant à des titres différents oblige à distinguer, en la matière, le consentement des actionnaires qui sont des associés, et le consentement des non-associés, c'est-à-dire des obligataires et des porteurs de parts bénéficiaires.

§ 1. — Consentement des associés.

40. — *Observations générales.* — La loi permet expressément (art. 31, 3°, L. 24 juillet 1867, réd. L. 1er mai 1930) la transformation en une société d'un autre type par l'assemblée générale et prévoit, dans le même texte, le nombre de voix requis pour cette opération. Il peut sembler dès lors paradoxal de se demander quels sont les consentements que requiert une telle opération. La société anonyme, on le sait, de tous les types de sociétés, est celle dans laquelle la responsabilité de l'associé est la plus restreinte. L'associé n'est pas tenu au-delà de sa mise, son risque est limité. En quelque type juridique que se transforme la société anonyme, le risque de l'associé ne pourra qu'augmenter. Dans aucun type, en effet, l'actionnaire ne jouira d'une impunité semblable à celle dont il bénéficie dans la société par actions. Le désastre financier qui solda l'expérience de Panama par une perte de 1.300 millions ne ruina presque personne [3].

Partant de cette constatation, de bons esprits, arguant de ce que la situation de l'actionnaire était moins bonne dans la société transformée, ont soutenu que le changement de forme d'une société anonyme se traduisait en toute hypothèse par une augmentation des enga-

---

1. *Cf.* Nancy, précité.

2. La création des sociétés par actions restant subordonnée à l'autorisation préfectorale, la question s'est posée de savoir si une société de personnes ou une société à responsabilité limitée pouvait se transformer en société par actions sans avoir à requérir cette autorisation. Cette question, du reste résolue par la négative, ne saurait nous intéresser à cette place car il s'agit d'un consentement, d'une autorisation administrative extérieure au cercle des associés. Bornons-nous à parler de ce problème par prétérition. (V. *Journ. Soc.*, 1948, 321).

3. *Cf.* Albert Valensin, *Traité de droit naturel*, t. II, p. 190.

gements de l'actionnaire et que la décision de transformation, pour être valide, requérait, non la majorité des trois quarts du capital social et des deux tiers des voix des actionnaires (art. 31, al. 3), mais l'unanimité des actionnaires, l'article 31 - 1° de la loi portant que l'assemblée générale ne peut « changer la nationalité de la société ni augmenter les engagements des actionnaires ».

Les sociétés de capitaux ou par actions se distinguent par deux traits des sociétés de personnes ou par intérêt. D'une part, la responsabilité de chaque actionnaire est limitée à sa mise alors que, dans la société de personnes, la responsabilité de chaque associé est personnelle et solidaire. Et, d'autre part, alors que l'action est transmissible, cessible et négociable, la part sociale est intransmissible, incessible (sauf clauses contraires), jamais négociable.

De ces deux traits, nous retiendrons surtout le second. Pourquoi ? Parce que la limitation de responsabilité, si elle est un facteur important, n'est pas le trait décisif qui caractérise la société par actions. Dans la société en commandite simple, qui est une société par intérêts, le commanditaire a une responsabilité limitée à sa mise. La loi du 7 mars 1925 a créé les sociétés à responsabilité limitée où la responsabilité est restreinte à la mise et qui, pourtant, dans le principe, sont des sociétés de famille et non des sociétés de capitaux. A l'inverse, si la limitation de responsabilité n'est pas spéciale aux sociétés de capitaux, la responsabilité personnelle tend à pénétrer dans les sociétés de capitaux. D'après les lois des 18 septembre et 16 novembre 1940, il est possible, en cas de faillite d'une société anonyme, de déclarer le président ou des membres du conseil d'administration personnellement responsables si l'on peut relever des fautes dans leur gestion. Pour ces deux raisons, la responsabilité restreinte n'est pas le signe le plus caractéristique des sociétés de capitaux [1]. Il n'est cependant pas négligeable, et nous verrons plus loin qu'il constitue une pierre de touche appréciable pour savoir si la situation personnelle de l'actionnaire est ou non aggravée au cas de transformation. Le trait le plus caractéristique des sociétés de capitaux est la transmissibilité, la cessibilité et la négociabilité du titre. Les sociétés par actons conviennent à des entreprises de longue durée (minières, exploitation d'un canal). On ne s'engagera dans ces sociétés de longue durée que si l'on est

1. Voir une hypothèse curieuse de coexistence de la libre cessibilité des parts et de la responsabilité indéfinie des associés : Trib. civ. Marseille, 6 juin 1905, Cass. req., 13 février 1907 (*Journ. Soc.*, 1907, 494) : constitue en réalité une commandite par actions, passible à ce titre de la taxe sur le revenu, la société qui, bien que dénommée en nom collectif dans ses statuts, ayant été formée entre trois personnes, a, dès l'origine, divisé son capital en 5.000 parts numérotées formant un titre individuel et séparé du pacte social, facilement transmissibles, et dont le plus grand nombre ont été immédiatement placées dans le public par des ventes en bourse.

sûr de pouvoir en sortir à tout moment. L'associé pourra s'en retirer à condition qu'un autre prenne sa place, car le capital doit rester immuable. La seule solution est que les titres puissent être cédés en toute liberté. Il faut concilier la pérennité des grandes affaires et la mobilité des capitaux.

La transformation d'une société par actions en société par intérêts (nom collectif ou commandite simple) entraîne sans aucun doute la nécessité d'un consentement unanime, car un changement de forme de ce genre entraîne bien « l'augmentation des engagements des actionnaires » que l'article 31 - 1° interdit à l'assemblée générale d'effectuer. D'une part, en effet, la responsabilité restreinte à la mise devient personnelle et, par surcroît, solidaire. D'autre part, l'action, librement transmissible, cessible et négociable se trouve pétrifiée et vouée à l'immobilité.

Si la question apparaît nettement dans le cas où une société par actions se transforme en société de personnes, l'adoption de la forme « à responsabilité limitée » soulève par contre bien des hésitations. Dans ce cas, il est indéniable que le changement de forme soulève des difficultés, mais de quel ordre sont-elles ? La transformation entraîne des répercussions importantes dans la situation de l'actionnaire. Mais jusqu'où vont-elles ?

Il possédait une action négociable, librement cessible. Il aura désormais une part sociale, non négociable, et dont la cessibilité sera entravée. Il s'agit là d'un problème permanent, qui s'impose et se retrouve toutes les fois qu'une société par actions prend la forme que lui offre la loi du 7 mars 1925. Le fait que la part sociale, résultant de la transformation de l'action que l'associé possédait dans la société anonyme, n'est plus librement cessible, augmente-t-il ses engagements au sens de l'article 31 - 1° de la loi de 1867 ?

Un second problème surgit au cas où il existerait des apports en nature lors de la transformation. L'article 8 de la loi du 7 mars 1925 dispose que « l'acte de société doit contenir l'évaluation des apports en nature » et que « les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature ». Depuis un arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, rendu le 17 juin 1936 [1], il est admis que l'obligation d'évaluation des apports en nature s'impose, même au cas où la société à responsabilité limitée se crée par voie de transformation pure et simple d'une société d'un autre type et bien que la personnalité morale subsiste. Dès lors qu'il existe des apports en nature, l'actionnaire devra garantir, dans la société transformée, sous sa responsabilité personnelle et solidaire, la sincérité de l'évaluation. N'est-ce point là une augmentation des engagements auxquels il était tenu dans la société par actions ?

1. *D. P.*, 1938, 1, 9, note Pic, et *S.*, 1937-1-23. V. *infra* nos développements sur cet arrêt, n° 101 sq.

I. — *Atteinte à la libre cessibilité du titre.*

41. — Les parts sociales d'une société à responsabilité limitée ne peuvent être cédées à des tiers étrangers qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social (art. 22, L. 7 mars 1925). L'article 13 exige, de plus, que les cessions de parts soient constatées par un acte notarié ou sous-seings privés. Elles ne seront opposables à la société et aux tiers qu'après avoir été signifiées à la société ou acceptées par elle dans un acte notarié, conformément à l'article 1690 du Code civil. La part sociale n'est pas négociable (art. 21, L. 7 mars 1925). Au cas de transformation de la société, il s'agit de savoir si le titre que possédait l'actionnaire, l'action, librement cessible et négociable, change de nature en se transformant en part sociale. La différence de nature juridique des deux titres est-elle capable de modifier la situation de son possesseur ? La question ne laisse pas d'être délicate, car elle pose ni plus moins le problème de la nature juridique de l'action.

42. — *L'action est avant tout un titre cessible.* — Il est certain que l'action est négociable, cotée en bourse, et que la part sociale ne peut revêtir ce caractère [1]. Mais faut-il en conclure que les droits du possesseur du titre sont aggravés et que ses obligations sont augmentées ? Incontestablement non. La négociabilité de l'action n'est qu'un procédé de cession. La négociation des actions, c'est leur cession par les procédés simplifiés du Droit commercial. La forme nominative réclame le transfert sur les registres, la forme au porteur se contente, comme moyen de cession, de la simple tradition du tiré. L'action est destinée à circuler. La rapidité est l'âme des transactions commerciales. C'est la raison pour laquelle le Droit commercial a banni le procédé de cession du Droit civil (art. 1690 C. civ.) et ses formalités rigoureuses [2].

La négociabilité en bourse, tout comme l'égalité des coupons, constitue une différence de forme et ne saurait être retenue pour distinguer l'action et la part sociale [3].

---

1. Dans la conception première, la société à responsabilité limitée était une société d'esprit familial et le législateur de 1925, pour éviter la spéculation sur le titres de ce genre de sociétés, a prohibé leur négociabilité (art. 21, L. 7 mars 1925).

2. Il faut tempérer ces affirmations en observant que les formalités de transfert des titres nominatifs sont loin d'être simples, bien que moins complexes que celles de l'art. 1690 C. Civ. Il importe également d'observer que l'importance pratique du titre au porteur s'est singulièrement restreinte depuis les lois des 28 février 1941 (complétée par LL. 6 décembre 1941 et 8 mars 1942) et du 3 février 1943.

3. Sur ce point : LABORDE-LACOSTE, *op. cit.*, 3e éd., n° 415 et H. LECOMPTE, article précité, p. 9.

En réalité, peu importe le procédé de cession. La caractéristique essentielle de l'action est sa cessibilité. C'est ce qu'a affirmé, à plusieurs reprises, la Cour de cassation. Elle a pu décider, dans des espèces où la transmission des titres devait, aux termes des statuts, avoir lieu suivant les formes civiles de l'article 1690 du Code civil, que ces titres avaient le caractère d'actions, parce qu'ils étaient librement cessibles, tant aux associés qu'aux tiers étrangers à la société, sans le consentement des coassociés. Le mode de cession des articles 1689 et suivants du Code civil [1] ne fait aucun obstacle à la libre cessibilité des droits sociaux. La chambre des requêtes, le 9 février 1887, reconnut aux titres de la société civile du canal interocéanique de Panama, transmissibles dans les termes du droit commun à quiconque, le caractère distinctif de l'action [2].

Les tribunaux ne sont pas liés par les qualifications des parties et puisent, dans les faits de la cause, des éléments d'appréciation. Ils affirment ainsi que la nature du droit de l'associé (action ou part d'intérêt) ne peut dépendre de la forme du titre sur lequel ce droit repose [3].

43. — *Mais la cessibilité de l'action peut être entravée par des clauses.* — Il n'est pas toujours facile d'apprécier la cessibilité. En effet, si une clause statutaire peut déclarer cessible et transmissible la part d'intérêt, à l'inverse, une clause d'agrément ou de préemption peut entraver la cessibilité et la transmissibilité de l'action. Il s'agit à vrai dire d'un problème de limites : malgré les restrictions apportées à la liberté de cession des titres, lorsqu'il résulte, d'après les statuts, que la cession a été envisagée comme la règle, les titres seront bien des actions. Il s'agira d'une action dès l'instant que le titre sera librement cessible ou, du moins, habituellement cessible.

Nous ne nous occuperons pas des limites jusque auquelles peut aller la clause de cessibilité dans les sociétés à responsabilité limitée. Le problème à résoudre permet de négliger cet aspect de la question. Il

---

1. V. Cass. req. 31 janvier 1893 (*Journ. Soc.*, 1893-158). Elle s'était déjà prononcée en ce sens par un arrêt du 2 août 1886 (*S.*, 1887-1-329 ; *Journ. Soc.*, 1886-589) et par un arrêt du 5 novembre 1888 (*S.*, 1889-4). L'un des attendus de l'arrêt du 2 août 1886 contient une formule très nette : « Attendu que, pour échapper à ce résultat, la société demanderesse argumente vainement de l'article 9 des statuts qui n'autoriserait les cessions des droits de chacun des associés que suivant les règles du Droit civil ; que ce mode de cession (art. 1690 C. civ.) qui peut être une entrave apportée à la négociabilité des titres, ne fait nul obstacle à leur cessibilité, véritable caractère distinctif de l'action... » *Adde :* Cass. civ., 10 août 1887 (*S.*, 1889-33) ; Civ., 16 février 1892 (*Journ. Soc.*, 1892, 266) ; Trib. civil Seine, 14 novembre 1904 (*Journ. Soc.*, 1905-516).

2. *S.*, 1887-1-177.

3. V. Cass. civ., 10 août 1887 ; Trib. civ. Marseille, 6 juin 1905 et Cass. req., 13 février 1907 (*Journ. Soc.*, 1907, 494).

suffit de rechercher entre quelles limites la notion de cessibilité de l'action évolue et à partir de quel moment les entraves à cette cessibilité font perdre à ce titre sa nature juridique. Nous verrons que le titre qualifié action peut, dans le cadre de la société anonyme et sans perdre sa nature juridique, subir quant à sa cessabilité des fluctuations qui l'amènent au même niveau et au même régime que la part sociale d'une société à responsabilité limitée. Cela étant, il est bien évident, au cas de transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée, que la transformation corrélative de l'action en part sociale s'analyse en définitive en un simple changement de forme, la nature juridique des deux titres restant identique.

Dans le cadre de la société anonyme, la facilité de cessibilité du titre qualifié « action » peut subir des entraves très importantes qui la placent dans une situation voisine de celle de la part sociale d'une société à responsabilité limitée. Ces entraves sont constituées par l'existence des *clauses d'agrément* et des *clauses de préemption*. Il s'agit de savoir si de telles clauses réalisent l'augmentation des engagements des actionnaires que vise l'article 31, 1°, de la loi du 24 juillet 1867 (modifiée par la loi du 1er mai 1950).

Les clauses d'agrément et de préemption ne peuvent se trouver dans les statuts d'une société anonyme que dans le cas où toutes les actions de cette société sont nominatives et doivent le rester. La loi du 28 février 1941, complétée par les lois du 6 décembre 1941 et du 8 mars 1942, a imposé la forme nominative des actions des sociétés françaises et étrangères faisant l'objet d'une négociation sur un marché (article 1er, loi de 1941) et des actions émises depuis la promulgation des nouvelles dispositions. Le champ d'application des clauses d'agrément et de préemption s'est étendu de ce fait.

L'article 50 de la loi du 24 juillet 1867 prévoit que les statuts de la société « pourront donner, soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert ». Le texte de cet article ne permet pas de savoir si ses rédacteurs ont entendu conférer à l'assemblée générale ou au conseil d'administration un droit absolu dont l'exercice interdirait tout recours de l'associé aux tribunaux ou bien un droit relatif permettant un recours à justice. La pratique et la doctrine ont pris à cet égard une position qui n'a jamais varié. Elles n'ont jamais discuté la validité des clauses de préemption, c'est-à-dire des clauses qui permettent aux associés de se porter acquéreurs, de préférence aux tiers étrangers, des titres qu'un actionnaire désirerait vendre. Pareillement, les auteurs et la jurisprudence n'ont jamais mis en doute la validité des clauses qui permettent au conseil d'administration ou de l'assemblée générale de se réserver le droit, au cas de cession, de refuser le cessionnaire choisi par le vendeur (clause d'agrément ou, plus exactement, de non-agrément), à condition que cette clause se combine avec une clause de préemption de la part des coassociés. Ils seront tenus de racheter ou de faire racheter par des personnes qu'ils choisiront les actions dont ils n'auront pas

agréé les cessionnaires [1]. Par contre, les tribunaux se sont toujours refusé à accepter les clauses d'agrément pur et simple qui soumettraient la cession des actions au bon vouloir de l'assemblée générale ou du conseil d'administration. Il y aurait là une situation sans issue pour l'actionnaire désireux de se débarrasser de son titre. Les articles 1er, 2 et 24 de la loi de 1867, les articles 35 et 36 du Code de commerce lui reconnaissent un droit intangible à se débarrasser de son action. Ce droit ne peut lui être oté [2]. Le principe est constant [3]. Malgré certaines réserves que les tribunaux de commerce ont toujours paru faire à cet égard [4], la clause d'agrément a parfois été admise à titre autonome, indépendamment de l'existence simultanée d'une clause de préemption. Les tribunaux possèdent d'ailleurs en la matière un pouvoir d'appréciation souverain [5].

---

1. V. : Cass. req., 27 mars 1878 (*S.*, 78-1-277) ; Req., 13 mars 1882 (*S.*, 83-1-327 ; *D.*, 83-1-83) ; Req., 2 août 1886 (*S.*, 87-1329) ; Cass. civ., 20 février 1894 (*S.*, 94-1-185) ; Req. 14 mars 1895 (*S.*, 99-1-397 ; *D.*, 95-1-467 ; *Journ. Soc.*, 95-312) ; Douai, 11 juillet 1895 (*Journ. Soc.*, 1896, 111) ; Douai, 4 avril 1898 (*Journ. Soc.*, 1899, 114) ; Req., 29 octobre 1902 (*D.*, 1904-1-49 ; *S.*, 1905-1-89 ; *Journ. Soc.*, 1904-391) ; Paris, 1er février 1905 (*Journ. Soc.*, 1905-504) ; Douai, 11 mai 1906 (*D.*, 1909-2-76 ; *Journ. Soc.*, 1907-274) ; Cholet, 12 février 1925 ; (*D.P.*, 1926-2-87 et note Chéron), Req., 15 mars 1927 (*Journ. Soc.*, 1928-155) ; Poitiers, 4 juillet 1927 (*Journ. Soc.*, 1928-536) ; Paris, 2 juillet 1936 (*Journ. Soc.*, 1941-100 et note Cordonnier) ; Paris, 23 novembre 1933 (*Gaz. Pal.*, 16 janvier 1934). *Adde :* Thaller (« Du droit de préemption que se réserve une société pour écarter les acheteurs de ses actions », *Annales de droit com.*, 1903, p. 303) ; Escarra (« Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions », *Ann. droit com.*, 1911, pp. 333 et 423) ; Boucart (« L'*intuitus personae* dans les sociétés », *Journ. Soc.*, 1927, p. 513) et Lagarde (« Des clauses réservant l'agréement d'un tiers pour la cession d'un droit », *Rev. crit.*, 1928).

2. Voir : Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, t. 1, p. 300, Escarra, article précité pp. 440 sq. *Adde :* Angers, 15 janvier 1894 (*Journ. Soc.*, 1894-445) ; Rennes, 3 juillet 1912 (*Journ. Soc.*, 1913-18) ; Amiens, 12 juillet 1929 (*Journ. Soc.*, 1929-65) et la note Cordonnier.

3. Equivaut à une clause d'inégociabilité absolue et doit être déclarée nulle la clause modificative des statuts qui subordonne toute cession d'action à l'approbation des quatre cinquièmes du nombre des actions représentées à l'assemblée générale, sans prévoir une clause de préemption ou toute autre disposition pour le cas de non agréement, alors surtout que les actionnaires majoritaires ont voulu, par cette clause, placer l'actionnaire opposant et désireux de céder ses titres dans une situation sans issue. Ainsi en a décidé le Tribunal de commerce de Bruxelles, le 1er décembre 1948 (*Journ. des Trib.*, Bruxelles, 3 avril 1949, *Rev. Soc.*, p. 407 et *D. H.* 1950, sommaire, p. 20).

4. Il faut dire que dans la plupart des espèces qui leur étaient soumise la clause d'agrément n'existait pas à l'état pur : existence d'un délai passé lequel, faute de manifestation contraire, les tiers seraient irrévocablement cessionnaires (Req., 13 mars 1882, précité) caractère mixte de la société anonyme qui n'était pas seulement un groupement de fonds, mais aussi une association de personnes dont la considération importait au plus haut point (Req., 29 octobre 1902, précité), interdiction de cession faite dans l'intérêt social pour éviter la vente à une entreprise similaire en concurrente (Cholet, 15 février 1925, précité).

5. Paris, 10 novembre 1938 (*Sem. Jur.*, 38-937).

Cette première hypothèse (la prévision de telles clauses aux statuts), ne permet évidemment pas de savoir si les engagements de l'actionnaire ont été augmentés puisqu'il a adhéré aux statuts, tels qu'ils étaient lorsqu'il est entré dans la société et que ces statuts n'ont pas été modifiés depuis son entrée. Mais l'examen de cette hypothèse impose une conclusion sur la nature juridique de l'action. La cessibilité évolue entre des limites très larges et si l'on compare, vues sous cet angle, l'action ainsi paralysée dans sa transmissibilité par le jeu des clauses envisagées ci-dessus, et la part sociale de la société à responsabilité limitée, rien ne permet d'affirmer qu'il s'agit de deux titres de nature différente. L'associé d'une société à responsabilité limitée qui veut se débarrasser de sa part sociale peut le faire facilement. Veut-il la céder à un tiers étranger ? Il faudra dans ce cas que la cession soit approuvée par la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social (article 22 de la loi du 7 mars 1925). Les associés accepteront ou refuseront. Cette liberté de choix est d'ordre public, car elle tient à la nature même de la société à responsabilité limitée qui est, dans une mesure certaine, une société par intérêts. Il y a là un veto absolu [1]. Mais cependant, l'associé n'est pas pour autant prisonnier de sa part sociale à la suite d'un refus. En effet, l'article 22 de la loi de 1925 lui permet de la céder librement à un de ses coassociés. Cet exutoire, combiné avec le fait que la part sociale est transmissible par décès aux héritiers (article 36 de la loi du 7 mars 1925), permet d'affirmer que la situation du possesseur de parts sociales d'une société à responsabilité limitée n'est pas pire, en tout cas, pas différente par essence de celle du titulaire d'actions dont la cessibilité est entravée par des clauses d'agrément et de préférence [2].

44. — *Ces clauses augmentent-elles les engagements des actionnaires ?* — Mise à part la clause d'agrément pur et simple qui est un veto, les clauses que nous venons d'envisager s'imposent aux associés. Lorsqu'ils entrent dans la société, ils acceptent l'action telle qu'elle est. Mais il reste à savoir s'il est loisible à l'assemblée générale des actionnaires, postérieurement à la naissance de la société, d'introduire de telles clauses aux statuts, et si une telle opération, qui affecte la cessibilité des actions, ne s'analyse pas en réalité en une augmentation des engagements des actionnaires. La Cour de cassation reconnut, en 1895, à l'assemblée extraordinaire, le droit d'introduire aux

---

1. Les associés eux-mêmes ne peuvent déroger à cette règle par un consentement donné à l'avance : Req., 9 octobre 1940 (*D.C.*, 1942, 115, note Pic); Trib. com. Lyon, 8 janvier 1945 (*Journ. Soc.*, 1946, 239).

2. Sur la cession des parts de S.A.R.L., v. Moliérac, « De quelques difficultés relatives à la cession des parts dans les sociétés à responsabilité limitée » (*Rev. Soc.*, 1937).

statuts d'une société anonyme une clause de préemption [1]. Elle admit de même l'assemblée générale à modifier en l'aggravant une pareille disposition contenue dans les statuts originaires [2]. Puis la jurisprudence sembla tout d'un coup changer de direction en interprétant la formule « augmentation des engagements des actionnaires » très extensivement [3]. L'arrêt de la Cour de cassation du 2 janvier 1924, notamment, jeta le doute sur la doctrine suivie par la Cour jusqu'alors. Mais l'étude de l'affaire montre cependant que cet arrêt est dans la ligne de la jurisprudence antérieure de la Cour suprême. La décision admit en effet que constitue une augmentation des engagements des actionnaires l'introduction aux statuts, par l'assemblée générale extraordinaire, d'une clause habilitant le conseil d'administration à s'opposer à tout transfert d'actions. Mais l'arrêt précise bien qu'il en va ainsi lorsque le conseil d'administration n'indique pas les raisons de son refus et lorsqu'il a la faculté (et non l'obligation) de faire exercer par qui lui semblerait bon un droit de préemption. Cette simple faculté n'est rien moins qu'un droit de veto et l'on comprend aisément la solution adoptée par la Cour. Cet arrêt fit naître chez les auteurs une inquiétude [4] qui était d'autant plus grande que la rédaction ambiguë de son texte permit une mauvaise interprétation qui fit jurisprudence [5]. Il fallut attendre le 9 février 1937 pour que la Cour de cassation, dans une formule particulièrement nette, vint mettre fin à toute contestation [6].

Attendu qu'aux termes des textes précités (article 31, 1°, de la loi du 24 juillet 1867), l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires d'une société anonyme peut, au moyen d'une délibération prise dans les conditions de forme requises par la loi, modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, sous réserve de ne pas changer la nationalité de la société ni d'augmenter les engagements des actionnaires; attendu que le principe ainsi posé par la loi étend la faculté pour l'assemblée générale de modifier toutes les dis-

1. Req., 14 mai 1895, précité.

2. Cass. req., 29 octobre 1902, précité.

3. Trib. com. Le Havre, 28 octobre 1921 (*Journ. Soc.*, 1922, 500, note H. B. ; *Rev. Soc.*, 1922, 311, note non signée). Jugement confirmé en appel par la Cour de Rouen, le 3 janvier 1923 (*Journ. Soc.*, 1923, 348 ; *Ann. droit com.*, 1924, 312). La Cour de cassation rejeta le pourvoi contre cet arrêt : Cass. req., 2 janvier 1924 (*Rev. Soc.*, 1925, 72 ; *Journ. Soc.*, 1925, 83, note Bosvieux ; *D.P.*, 1927, 1, 161, note Escarra, *S.*, 1924-1-225, note Esmein).

4. V. notamment : note Bosvieux (*Journ. Soc.*, 1925-83) et Houpin et Bosvieux, *Tr. des Soc.*, 7e éd., nos 1255 et 1262. *Adde :* David, *Protection des minorités dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, 1928, nos 105 sq.

5. Trib. civ. Seine, 21 janvier 1925 (*Journ. Soc.*, 1925, 652 ; *Rev. Soc.*, 1925, 481 ; *D.P.*, 1927, 2, 106) ; Clermont-Ferrand, 29 octobre 1929 (*Journ. Soc.*, 1930 et la note), Angers, 15 juillet 1930 (*Journ. Soc.*, 1932-93).

6. Cass. civ., 9 février 1937 (deux arrêts) : *D. P.*, 1937, 1, 73, note Besson ; *S.*, 1937-1-129 note H. Rousseau ; *Sem. Jur.*, 1937, 151 et 1938, 579 ; *Rev. gén. droit com.*, 1938, 529, note A. Jauffret ; *Journ. Soc.*, 1937, 266, note P. Cordonnier. Cet arrêt confirme la position de la Cour d'Amiens, 12 juillet 1929 (*Journ. Soc.*, 1929, 651, et commentaire approfondi de M. Cordonnier).

positions statutaires; que la réserve qu'elle formule relativement à l'augmentation des engagements déroge à la règle générale et doit, en conséquence, être interprétée restrictivement; attendu que les engagements des actionnaires primitifs ne sont augmentés que si les dispositions prises par l'assemblée générale entraînent une aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou envers les tiers, que la réglementation du droit de préemption et les restrictions apportées à la cessibilité des actions, si elles peuvent constituer une diminution des droits des actionnaires, ne constituent cependant pas une augmentation de leurs engagements.

Ainsi donc, l'augmentation des engagements des actionnaires que prohibe l'article 31 de la loi de 1867 (réd. loi du 1er mai 1930), vise uniquement l'augmentation des charges pécuniaires que les actionnaires ont acceptées en souscrivant leurs actions. La diminution de leurs droits préexistants, qui est une charge négative, appartient à la compétence de l'assemblée générale extraordinaire [1]. Le seul tempérament que la Cour suprême apporte à l'usage des pouvoirs dont dispose l'assemblée générale extraordinaire pour réglementer le droit de préemption, est que l'actionnaire qui subira la préemption ou, plus largement, la restriction à la cessibilité de son titre, sera assuré de toucher le juste prix de l'action rachetée [2]. Les tribunaux possèdent à cet égard un droit de contrôle assez large [3]. Il est donc possible d'affecter, au cours de la vie sociale, sous la réserve du juste prix, la transmissibilité des actions, sans requérir pour cela l'unanimité des actionnaires [4].

45. — *Conclusion.* — En bonne logique, il est impossible de soutenir que la transformation de l'action d'une société anonyme en part sociale

---

1. Cette définition est conforme aux travaux préparatoires de la loi du 22 novembre 1913 : « Ce n'est pas augmenter les engagements des actionnaires que de diminuer leurs droits. » (Doc. parlem. de la Chambre, *J. O.*, 1913, p. 1310, n° 3059. De même Wahl écrivait au *Journal des Sociétés* de 1914 (pp. 68 et 69) : « Toute mesure par laquelle la dette de l'actionnaire vis-à-vis de la société, sans être augmentée dans son montant, est aggravée, rentre également dans les augmentations d'engagements. » C'était aussi l'opinion de MM. Houpin et Bosvieux, *Tr. des Soc.*, 6e éd., n° 992 et note Bosvieux, sous Cass. req., 2 janvier 1924 (*Journ. Soc.*, 1925, 83).

2. V. Cass. civ., 9 février 1937 précité (2e espèce) note Cordonnier ; Cass. req., 22 décembre 1937 (*Journ. Soc.*, 1938, 207 et la note). La théorie du juste prix semble remonter à l'arrêt de la Cour de Rouen du 3 janvier 1923, précité. Cordonnier a fait un exposé détaillé de la jurisprudence sur ce point : note sous cass. req., 11 septembre 1940 (*D. C.*, 42, 1, 116). V. également note Charron (*Journ. Soc.*, 1939, 364). *Adde* enfin l'article de M. Moliérac (*Rev. Soc.*, 1949, pp. 359 sq.).

3. V. notamment : Trib. com. Seine, 15 juin 1939, *Journ. Soc.*, 1942, 321, et la note signée H. B.

4. C'est la conclusion à laquelle parviennent la majorité des auteurs. V. note Auger (*Rev. Soc.*, 1925, pp. 165 et 1927, p. 134) ; Auger et Michel, *Traité des S.A.R.L.*, fasc. 71, 12, n° 9 ; Drouets, n° 207 ; Lépargneur (*Journ. Soc.*, 1925, p. 382) ; Houpin et Bosvieux, n° 999 ; Piot, *Traité théorique et pratique des S.A.R.L.*, p. 95. V. cependant Pic et Baratin, *Des S.A.R.L. traité théorique et pratique*, n° 415 à 418 ; Chambaz et Leblond, *Précis des sociétés*, 528.

d'une société à responsabilité limitée s'analyse en une « augmentation des engagements des actionnaires » nécessitant l'unanimité de leurs voix. En effet, d'une part, dans la société anonyme, la cessibilité de l'action peut être entravée par des clauses d'agrément et de préemption qui la placent dans une situation identique à celle de la part sociale de la société à responsabilité limitée. D'autre part, cette entrave à la cessibilité n'est pas considérée comme une « augmentation des engagements des actionnaires », au sens de l'article 31 de la loi de 1867.

Cette interprétation indiscutable a d'ailleurs reçu la consécration de la jurisprudence. Le Tribunal civil d'Angers a pu, en effet, décider, le 29 avril 1942, que :

La transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée, expressément autorisée par l'article 41 de la loi du 7 mars 1925, est valablement décidée par une assemblée générale réunissant les trois quarts du capital social, et à la majorité des deux tiers des voix des membres présents..., vainement serait-il soutenu que cette transformation ayant pour effet d'augmenter les engagements des actionnaires ne pourrait être autorisée que par un vote unanime de ceux-ci, etc... [1].

Ce Tribunal est le seul, à notre connaissance, à avoir été saisi d'une question semblable. Son jugement, en tout cas, n'a pas été entrepris par l'appel.

2. — *Aggravation de la situation personnelle de l'associé.*

45 *bis.* — Lorsqu'une société par actions se transforme en une société à responsabilité limitée, la situation de l'actionnaire se transforme corrélativement. Il s'agit de savoir si, en règle générale, la situation personnelle de l'associé se trouve aggravée. Mais il importe également d'envisager à part l'hypothèse où les porteurs d'actions sont inconnus ou refusent de donner leur voix au moment de l'opération de conversion.

A. — Principes généraux.

46. — L'union des individus fait leur force. Lorsqu'ils constituent une société, ils créent un organisme, un instrument très puissant. Mais il ne faudrait pas que les tiers puissent souffrir sans recours des agissements de cet être moral dont les moyens d'action sont souvent considérables. Aussi, l'idée force qui domine la réglementation des sociétés, quel que soit leur type, est-elle la protection du tiers.

L'*intuitus personae* a pour contrepartie la responsabilité personnelle solidaire et indéfinie des associés. La règle de l'*intuitus pecuniae,* par contre, implique une irresponsabilité complète. La loi veille attentivement à ce que cette irresponsabilité ne soit pas préjudiciable aux tiers. D'où les règles protectrices de la faillite et la formalité de véri-

1. Trib. civ. Angers 29 avril 1942 (*Veuve Rémac*), *Sirey,* 1942, Chronique bimensuelle, Tables, V° « Sociétés anonymes », n°s 8 et 9.

fication des apports dans la société anonyme (article 4 de la loi du 24 juillet 1867, réd. décret-loi du 8 août 1935). *Quid* de la société à responsabilité limitée qui est un type hybride ? Les associés n'étant pas commerçants et leur responsabilité étant restreinte, le législateur a décidé que la société était commerciale dans toutes les hypothèses pour pouvoir la faire déclarer en faillite (article 3 de la loi du 7 mars 1925). De plus, l'acte de société doit contenir l'évaluation des apports en nature et il existe une responsabilité solidaire vis-à-vis des tiers qui pèse sur les associés, si les apports ont été surévalués (article 8 de la loi du 7 mars 1925).

47. — *L'article 8 de la loi de 1925 aggrave la situation de l'actionnaire.* — Dans les sociétés anonymes, la vérification des apports en nature et leur approbation est une formalité concomitante à la constitution de la société et dont l'inobservation entraîne la nullité de la société. L'approbation que l'assemblée générale donne à l'évaluation de l'associé apporteur du bien en nature [1] est une confirmation définitive de la valeur de ce bien. Aucune contestation ne saurait s'élever par la suite sur la valeur de l'apport. L'apporteur n'est plus tenu d'en garantir la valeur après l'approbation de l'assemblée générale [2]. Dans les sociétés à responsabilité limitée, au contraire, le législateur n'a pas voulu compliquer la constitution de la société par une procédure de vérification des apports. Rien n'a été prévu en ce sens. L'évaluation de l'apport en nature est faite dans l'acte de société par l'apporteur lui-même. En signant le pacte social, ses coassociés acceptent l'évaluation. Mais ce n'est là qu'un libéralisme apparent qui a une contrepartie rigoureuse : la responsabilité solidaire des membres de la société, vis-à-vis des tiers, au cas de surévaluation (article 8 de la loi du 7 mars 1925).

Longtemps, les tribunaux, approuvés par une doctrine sans défaillance, se refusaient à exiger l'accomplissement de formalités constitutives du type nouveau, lorsqu'une société changeait de forme sans que fût atteinte la permanence de l'être moral primitif. Le 17 juin 1936, la Cour de cassation rendit un arrêt qui porte un coup fatal à ce dogme [3]. Cette décision posa, en effet, en règle générale, que :

---

1. Il s'agit, on le sait, de tout bien quelconque ayant une valeur patrimoniale : droit de propriété industrielle, immeuble, fonds de commerce, matériel ou marchandises, l'apporteur se dessaisit de son droit sur ce bien au profit de la société.

2. Cass, civ., 10 janvier 1881 (*D.*, 1881-1-161) ; Rep., 3 janvier 1900 (*D.*, 1900-1-289) ; Lyon, 26 mars 1912 (*D.*, 1915-2-25, note Chéron) ; Paris, 23 décembre 1934 (*Journ. Soc.*, 1926-177). Il faut, bien entendu, réserver l'hypothèse du vol ou de la fraude (Cass., 19 février 1899, *S.*, 1899-1-406) et aussi celle où les apports seraient tenus pour fictifs, la surévaluation étant considérable (*Cass.*, 10 novembre 1897, *D.*, 1899-1-529).

3. Cass. civ., juin 1936 (*Journ. Soc.*, 1937, p. 146 ; *D. P.*, 1938-1-9, *Rev. Soc.*, 1937, p. 121). Très critiquée en doctrine, cette décision fut suivie en jurisprudence. V. Cass. req., 2 mai 1939 (*Sem. Jur.*, 1939, 1174). V. cependant *contra* : Caen, 24 janvier 1949 (*J. C. P.*, 1949, 5294, note D. Bastian).

Le régime d'une société à responsabilitée limitée ne saurait être différent suivant qu'elle existe sous cette forme par transformation d'une société d'autre nature déjà existante ou qu'elle a été constituée telle dès l'origine.

La transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée, doublement prévue par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 et par l'article 41 de la loi du 7 mars 1925, laisse subsister l'être moral. Et, cependant, la Cour de cassation, appliquant le principe précité à l'espèce, en tira la conséquence que la responsabilité solidaire posée par l'article 8 de la loi de 1925 au cas d'apports en nature, prévue pour le seul cas de constitution, s'imposait également au cas d'adoption du type à responsabilité limitée par voie de transformation. Et cela indépendamment de la survivance ou de la disparition de la personne morale primitive. L'article 8 doit être obéi, non en tant que formalité constitutive (il ne s'agit pas de constitution puisqu'il n'y a pas société nouvelle), mais en tant que condition substantielle qui tient à l'essence même de la société à responsabilité limitée.

Cela étant, toute société anonyme dont le capital comprend des biens en nature, si elle veut user de la faculté de l'article 41 de la loi du 7 mars 1925, doit obligatoirement passer sous les fourches caudines de l'article 8 de la même loi. Les associés de la société transformée, qui jouissaient dans la société anonyme d'une irresponsabilité absolue, vont garantir, par une responsabilité solidaire, la sincérité de l'évaluation des biens en nature qui vont désormais composer le capital de la société à responsabilité limitée. Ce changement dans leur situation personnelle ne s'analyse-t-il pas en une « augmentation des engagements des actionnaires », au sens de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 ? Ne va-t-il point falloir, dès lors, et pour cette raison, réunir l'unanimité des voix pour réaliser la transformation envisagée ? L'évaluation attribuée aux nouveaux apports en nature dans l'acte de transformation pouvant contraindre les associés qui l'ont adoptée à payer aux créanciers sociaux des sommes peut-être importantes en supplément de leur mise, par le jeu de l'article 8, ne rend-elle pas impossible un simple vote majoritaire ?

48. — *Opinion contraire de M. Lecompte.* — Certains auteurs pensent que l'assemblée générale exraordinaire des actionnaires d'une société anonyme peut décider, par un simple vote majoritaire pris aux conditions prévues par l'article 31 de la loi de 1867, la transformation de cette société en société à responsabilité limitée [1].

---

1. V. notamment : Piot, supplément n° 63-A, « Une transformation accompagnée de nouveaux apports en nature exige-t-elle le consentement unanime des actionnaires ? » et pp. 91 et 92 : *Adde :* Henri Lecompte « De la transformation des sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée » (*Journ. Soc.*, 1949, p. 12).

A l'appui de sa démonstration, M. Lecompte, notamment, invoque deux arguments : l'un pratique, l'autre juridique. Il fait tout d'abord remarquer que la thèse de l'unanimité donnerait lieu, quant à son application pratique, à des difficultés quasi insolubles [1]. Il avance encore en second lieu un argument d'analogie juridique. Selon cet auteur, la thèse de l'unanimité est en désaccord avec la solution admise en général par la doctrine, en ce qui concerne l'étendue et le caractère de la garantie que les associés d'une société à responsabilité limitée doivent assurer aux tiers au cas d'augmentation de capital réalisée par voie d'apport en nature. Dans cette hypothèse, affirme M. Lecompte, sont seuls responsables de la majoration des apports ceux des associés qui ont participé à l'acte d'apport et à la décision collective approuvant cet apport. L'apport effectué à l'origine de la société ouvre une responsabilité solidaire de tous les associés puisque cette responsabilité repose sur une présomption de faute à laquelle tous les associés par leur intervention aux statuts, sont censés avoir participé. Il en va différemment, poursuit l'auteur, en cas d'augmentation de capital par voie d'apport en nature réalisée par un vote majoritaire, car, dans ce cas, les associés qui n'ont pas concouru à la délibération, qui se sont abstenus ou qui ont voté contre, n'ont rien à se reprocher et échappent à la sanction de l'article 8 [2]. Et M. Lecompte d'opérer le rapprochement entre la responsabilité des seuls associés qui ont voté l'augmentation de capital par voie d'apport en nature et les associés d'une société anonyme qui la transforment en société à responsabilité limitée.

Cette démonstration prête le flanc à la critique. Les arguments dont elle prétend tirer sa force sont en réalité des plus contestables.

49. — *Réfutation de cette opinion :*

a) *Réfutation sur le terrain juridique.* — En ce qui concerne tout d'abord l'argument juridique avancé par M. Lecompte, un certain nombre d'observations le controuvent. Et, contrairement à l'opinion de cet auteur, la responsabilité solidaire de tous les associés existe au cas d'augmentation de capital ainsi que le révèle une étude attentive de la question.

---

1. V. même sens : Piot, *loc. cit.*, n° 63, *in fine*.

2. V. même sens : Piot, *Traité des sociétés à responsabilité limitée*, p. 33 ; Drouets, n° 420. Il importe de noter que M. Drouets, dont M. Lecompte invoque l'opinion en faveur de sa thèse, se borne à émettre un avis modéré, qui est davantage un souhait qu'une opinion tranchée : « Il semble par contre équitable de ne pas appliquer cette sanction rigoureuse aux associés qui se sont abstenus ou qui ont voté contre les propositions ayant pour objet l'approbation des évaluations données aux apports en nature compris dans l'augmentation de capital ». *Adde :* Auger et Michel, fasc. 71-5, n°s 19 et 20 ; Bosvieux : « De l'augmentation du capital des sociétés à responsabilité limitée » (*Journ. Soc.*, 1926, pp. 32 sq.) ; Houpin et Bosvieux, *Tr. des Soc.*, 7e éd., n° 1539.

Il importe d'observer en premier lieu que, dans le cas d'augmentation de capital par voie d'apport en nature dans une société à responsabilité limitée déjà constituée, la décision d'augmentation, prise à la majorité requise par l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 (c'est-à-dire une majorité représentant les trois quarts du capital social) est inattaquable. Elle n'est pas au nombre des décisions pour lesquelles le même article exige l'unanimité des voix des associés. On ne peut pas considérer qu'il s'agit là l'une augmentation de leurs engagements puisque l'évaluation des apports en nature originaires leur faisait déjà encourir une responsabilité solidaire. Prise dans des conditions régulières, cette décision d'augmentation s'impose aux associés. La loi de la majorité l'emporte. La responsabilité solidaire de tous les associés lors de la constitution est admise pour ce motif qu'ils ont adhéré aux statuts. La même conséquence doit s'étendre à la modification des statuts. La décision de la majorité est réputée être celle de tous les associés. La décision engage l'ensemble des membres de la société. Sinon, il faudrait l'unanimité pour réaliser la moindre opération sociale et le fonctionnement pratique de la société à responsabilité limitée serait paralysé. On connaît les espoirs que le législateur de 1925 a placés dans ce type de société et l'on sait que l'événement n'a pas démenti ses prévisions. Il faut bien reconnaître, dans la société à responsabilité limitée, la présence d'éléments institutionnels. La nature juridique de ce type de société est différente de celle des sociétés de personnes. La société à responsabilité limitée est bien un contrat, mais elle n'est pas qu'un contrat. Le pacte statutaire n'est pas une loi que seule une décision de justice peut modifier. La règle de l'unanimité a été répudiée en 1925 et le législateur a adopté pour le fonctionnement des sociétés à responsabilité limitée des règles analogues à celles des sociétés anonymes. L'article 31 de la loi du 7 mars 1925 (comme l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par la loi du 1er mai 1930) permet la modification des statuts à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social. Ce texte domine la réglementation des sociétés à responsabilité limitée [1]. En définitive, l'augmentation du capital qui s'analyse en une modification statutaire, bien que votée à la majorité, engage tous les associés, sans qu'il paraisse utile de faire une discrimination entre ceux qui ont participé à l'acte et les autres [2]. Et la conséquence inéluctable qui accompagne le nouvel apport en nature lors de l'augmentation de capital, c'est-à-dire la res-

---

1. V. Paris, 25 avril 1938 (*J. C. P.*, 1938, 11, 765) et note J.R., *Journ. Soc.*, 1939, 345, note Bosvieux ; *Rev. Soc.*, 1938, 360.

2. Les associés minoritaires ne sont pas abandonnés au despotisme éventuel de la majorité. Les délibérations de l'assemblée générale peuvent être attaquées pour vice de forme, abus de pouvoir et violation des droits des associés, comme les délibérations de l'assemblée générale des sociétés anonymes. V. Orthez. civ., 9 mars 1934 (*Journ. S.*, 1935, 99).

ponsabilité solidaire des associés, s'applique à l'ensemble des membres de la société [1].

Les raisons pour lesquelles l'article 8 a été écrit conduisent également à en étendre l'application aux augmentations de capital [2]. Ce texte a un caractère d'ordre public. Le principe qu'il pose est très général. Les avantages et facilités faits aux associés d'une société à responsabilité limitée ont comme rançon l'obligation compensatoire d'évaluer les apports en nature sous la sanction d'une responsabilité solidaire au cas d'évaluation frauduleuse ou même simplement inexacte. Il serait inopportun de réduire la garantie que la loi a voulu accorder aux créanciers de la société [3], alors que ce type de société est soumis à de rudes critiques dont la principale est précisément de ne pas offrir de base solide au crédit [4]. Il serait trop facile pour les associés de se soustraire à l'application de l'article 8 en négligeant de comprendre dans l'actif de la société, lors de la constitution, les apports en nature qu'ils entendent réaliser pour les introduire ultérieurement sous forme d'augmentation de capital. Le fondement de l'article 8 n'est pas, comme le prétend M. Lecompte à la suite de certains auteurs [5], une présomption de faute. Il ne s'agit pas davantage d'une responsabilité découlant de la signature du contrat de société.

Nous pensons, avec M. Ripert, que la garantie imposée aux associés est une obligation légale solidaire [6], obligation rigoureuse, objective, tellement grave que la Cour de Paris a pu refuser d'homologuer la délibération du conseil de famille d'un interdit autorisant l'incapable à concourir à la constitution d'une société à responsabilité limitée, motif pris de l'impossibilité pour celui-ci d'opérer un cautionnement [7].

---

1. V. en ce sens Lépargneur, « La loi nouvelle sur les S.A.R.L. » (*Journ. Soc.*, 1925, pp. 287 et 288).

2. On sait que la pratique, au cas d'apport en nature dans le cadre d'une augmentation de capital, exige la déclaration de valeur : Lille, Trib. corr., 4 janvier 1937 (*S.*, 1937-2-1934 ; *Journ. Soc.*, 1938, 242).

3. Ce désir de protéger les tiers se retrouve tout au long de la loi. Voir notamment l'article 41 de la loi du 7 mars 1925 qui autorise diverses transformations « sous réserve des droits des tiers », disposition qui, de l'avis unanime des auteurs, est superfétatoire, mais qui indique bien la pensée dominante du législateur de 1925.

4. V. Jean Copper-Royer, *Les S.A.R.L. en droit français*, p. 10. Voir de même la proposition de loi Richard sur l'abrogation de la loi du 7 mars 1925 (Doc. parlement., n° 4276). *Adde* : Copper-Royer, *Traité des sociétés*, t. II, 1939, p. 823.

5. Percerou, Houpin, Pic, Lépargneur.

6. V. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, n^{os} 826 et 827 et note sous Caen, 24 janvier 1949 (*Rev. Soc.*, 1949, 397). C'est aussi l'opinion de M. Lyon-Caen, V. *Bull. Soc. Etudes législatives*, 1927, p. 303.

7. Paris, 23 décembre 1939 (*Journ. Soc.*, 1942, p. 222 et *D. C.*, 1941, p. 45 et note Ripert). Cette décision semble bien indiquer que la responsabilité pèse sur tous les membres, qu'ils aient ou non participé aux apports. V. 21 novembre 1929 (*D. H.*, 1930, 170) et 11 avril 1930 (*Journ. Soc.*, 1934, 221).

Décider que seuls sont responsables de l'évaluation ceux qui ont participé à l'acte serait désolidariser les associés du sort et des intérêts de la société en leur permettant de se livrer à un calcul qui tournerait toujours à leur avantage. Il serait choquant qu'un associé, particulièrement prudent et rusé, puisse se protéger contre une responsabilité sans s'ôter la possibilité de profiter, au titre d'associé, des conséquences favorables que peut avoir l'augmentation de capital si l'estimation des apports en nature qui l'a accompagnée a été sincère. Avec un tel pari, l'associé, tous les atouts en main, ne pourrait que gagner.

D'ailleurs, le raisonnement de M. Lecompte sur l'augmentation de capital serait-il exact qu'on ne saurait en tirer de preuve d'analogie en renfort de sa thèse. Que l'augmentation de capital par voie d'apports en nature ne fasse encourir une responsabilité solidaire qu'à l'encontre de ceux qui ont voté cette augmentation, il n'y a pas là, pensons-nous, d'argument en faveur de l'hypothèse de transformation. La transformation révèle la continuité du même être moral sous deux formes différentes. Ce sont deux cercles tangents. Mais il ne se coupent pas. La décision de transformation est prise par une société anonyme. Au moment où cette décision intervient, la société à responsabilité limitée n'est pas encore constituée. Comment, dès lors, pourrait-on appliquer à une décision qui appartient à une société anonyme des règles admises (et par quelques auteurs seulement !) pour la seule société à responsabilité limitée ? Lorsque la société anonyme se transforme en société à responsabilité limitée, il n'y a pas création d'une nouvelle société, la loi ayant prévu l'opération. Cela est certain. Mais peut-on pousser la fiction de pérennité de l'être moral au point de dire que la société à responsabilité limitée, créée par transformation de la société anonyme, a toujours existé et que l'opération s'analyse en définitive en une augmentation de capital ? Certes pas.

La société à responsabilité limitée a un statut bien défini. L'associé qui y entre sait ou doit savoir à quoi il s'engage. Le statut légal doit être le même pour tout le monde. La loi ne fait pas d'exception. Les actionnaires, une fois leurs apports vérifiés, étaient irresponsables. L'adoption de la forme à responsabilité limitée les soumet à une responsabilité solidaire. Il s'agit bien là d'une « augmentation de leurs engagements » et l'opération devra avoir lieu à l'unanimité des voix (art. 31, L. 24 juillet 1867, réd. L. 1er mai 1930). Cette solution est logique et conforme aux solutions adoptées par la jurisprudence. La Chambre des requêtes a statué le 21 mars 1944 [1] sur une hypothèse voisine. Les sociétés coopératives agricoles pouvaient, avant l'ordonnance de 1945 et depuis la loi du 12 juillet 1923, se constituer sous la forme anonyme, lorsqu'elles inséraient dans leurs statuts, par application

1. *S.*, 1944-1-92.

de la loi du 5 août 1920, une clause de responsabilité conjointe et solidaire de tous leurs sociétaires pour le remboursement des avances consenties à la société par l'Office national du crédit agricole [1]. La Chambre des requêtes décida que :

L'article 31, article 1er de la loi du 24 juillet 1867, qui interdit à l'assemblée générale d'augmenter les engagements des actionnaires, empêche que dans une société coopérative agricole la majorité des porteurs de parts impose à la minorité la responsabilité solidaire des sociétaires quant aux emprunts sociaux [2].

La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 28 novembre 1950, a décidé de même que l'assemblée générale d'une société anonyme ne peut valablement voter la transformation de la société en société à responsabilité limitée que s'il n'en résulte pas une augmentation des engagements des actionnaires. La Cour suprême en a déduit qu'elle ne le pouvait donc pas lorsque, faute d'évaluation des apports en nature, la transformation exposerait les actionnaires à être éventuellement responsables envers les tiers de la valeur indéterminée desdits apports, par application de l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 [3].

Nous ne pensons tout de même pas que la responsabilité qui pèse sur l'actionnaire doive s'entendre également d'une responsabilité simplement éventuelle. Ceci reviendrait à exiger, en toute hypothèse, l'unanimité des voix des actionnaires, qu'il y ait ou non des apports en nature au moment de la transformation. Le seul fait qu'une augmentation de capital risque de s'opérer, dans l'avenir, par voie d'apport en nature, sous la sanction de la responsabilité solidaire des associés, ne peut, selon nous, conduire à ce résultat. Ce serait aller bien loin.

---

1. V. Cass. civ., 3 avril 1934, note Rousseau.
2. V. de même : Douai, 19 janvier 1926 (*S.*, 1927-2-71 et la note.
3. Ch. civ., sect. com., *D.*, 1951-J-109 et note approbative du Doyen Ripert. Si la Cour de cassation a eu le mérite de rappeler que la responsabilité que fait peser l'article 8 sur les associés entraîne bien une « augmentation des engagements des actionnaires », il est permis de déplorer que la Cour ait obscurci sa décision par une mauvaise interprétation de la zone d'application de l'article 8 de la loi de 1925. Selon cette décision, l'évaluation précise des apports au moment de la transformation est exclusive d'une augmentation des engagements des actionnaires, la responsabilité des associés envers les tiers disparaissant par la seule vertu d'une évaluation précise. Ceci est inexact. Une responsabilité objective pèse sur tous les associés, au cas d'estimation inexacte des apports. Cette responsabilité découle de l'article 8. Pour l'écarter il ne suffit pas d'une évaluation quelconque. L'absence d'évaluation au moment de la création de la société (art. 8, L. 1925) ou au moment de la transformation (depuis l'arrêt de la Chambre civile du 17 juin 1936) entraîne la nullité de la société ou de la transformation. Mais n'importe quelle évaluation ne peut suffire à assurer la régularité de l'opération. Il faut une évaluation sincère et exacte. Le recours à un expert permettra seul d'éviter que soient augmentés les engagements des actionnaires, en permettant d'évaluer les biens à leur valeur exacte.

50. — *Réfutation sur le terrain pratique.* — L'argument pratique que M. Lecompte met en avant n'échappe pas, non plus, à la critique. Il est inexact de prétendre, comme le fait cet auteur, que l'exigence de l'unanimité des voix donnerait lieu à des difficultés quasi insolubles. Cet argument doit être rejeté. Une observation critique et attentive de la pratique du droit des sociétés montre que les obstacles ont été surestimés. Dans la réalité des faits, les difficultés que soulève le changement de forme d'une société ne sont pas considérables. Elles sont plus théoriques que réelles. La facilité avec laquelle on peut les pallier dénue de tout intérêt les sophismes auxquels certains auteurs doivent recourir pour éviter l'application de l'article 8 de la loi de 1925.

On peut observer tout d'abord que la vie des sociétés connaît beaucoup d'hypothèses de transformations de sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée. Il ne faut pas oublier que ce sont surtout les petites sociétés anonymes qui se transforment en sociétés à responsabilité limitée. Ces sociétés, dont tous les membres se connaissent, qui n'ont émis qu'un nombre restreint de titres, peuvent facilement réunir l'unanimité des voix de leurs membres pour réaliser une transformation. Vainement arguerait-on de la crainte que ferait naître la responsabilité solidaire de l'article 8.

Contrairement à ce que pensaient certains auteurs et certains praticiens [1], cette crainte n'a pas empêché la constitution d'un très grand nombre de sociétés à responsabilité limitée. Dans les deux années qui ont suivi la loi de 1925, 1.960 sociétés de ce type se sont constituées, dans le seul département de la Seine.

D'après M. Bastian [2], la Cour de cassation, dans son arrêt du 17 juin 1936, se borne uniquement à exiger, lors de la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée, l'indication dans les nouveaux statuts de la composition du capital annoncé. Si les espèces liquides qui figurent à l'actif sont suffisantes, on pourra, soutient-il, se contenter d'indiquer que le capital social est exclusivement représenté par des espèces, sans faire allusion aux autres biens de la société, ces biens provinssent-ils d'apports en nature. Il va sans dire, qu'avec une interprétation aussi large de la règle posée par la Cour de cassation, M. Bastian peut conclure son étude en indiquant que la transformaton d'une société anonyme en société à responsabilité limitée ne requiert pas obligatoirement le consentement de l'unanimité des associés mais peut se contenter d'un vote majoritaire de ceux-ci. Nous citons ici l'opinion de cet auteur pour simple mémoire, car nous ne le suivons pas sur le terrain de son argumentation [3]. Retenons seulement l'esprit libéral qu'il prête à la Cour suprême.

---

1. V. à ce sujet l'intéressante controverse sur les modifications à apporter à la loi du 7 mars 1925 ; *Bull. Soc. études législatives*, 1927, question n° 41 *bis*.

2. *Journ. Soc.*, 1945, pp. 81 sq.

3. Voir *infra*, sous le n° 109, p. 173, note 2.

L'absence dans la société à responsabilité limitée d'une procédure de vérification des apports en nature, lors de la constitution ou d'une augmentation de capital, analogue à celle qui existe dans la société anonyme, est très critiquée. La règle, telle qu'elle existe actuellement, est en effet très dure, au point que la loi hongroise, après avoir posé le principe de responsabilité solidaire pour les sociétés à responsabilité limitée, en a atténué la portée en permettant à l'associé de bonne foi de dégager sa part de responsabilité en faisant expertiser le bien apporté. Dans ce cas, sa responsabilité est limitée à la valeur de l'expertise. En France, un projet de réforme fut proposé par la Commission de la Société d'études législatives, pour donner aux associés la possibilité de s'exonérer de la responsabilité solidaire en faisant évaluer leurs apports en nature, avant d'en faire apport à la société, par des experts nommés par le président du Tribunal de commerce [1]. En attendant que cette réforme soit introduite dans le droit des sociétés à titre autonome, les associés d'une société à responsabilité limitée, en l'état de la législation, disposent d'un moyen fort simple pour se protéger contre les conséquences d'une action en responsabilité postérieure à l'apport du bien en nature. Bien que la loi ne le prescrive pas, il leur est loisible de faire estimer, par un expert, la valeur des apports en nature qu'ils effectuent. Ce technicien procédera, en toute compétence, à une estimation des biens apportés. Ce procédé de prudence permet à l'associé apporteur de sauvegarder sa responsabilité en prenant l'initiative du recours à l'expert. L'article 8 faisant peser une lourde responsabilité solidaire sur les associés non apporteurs, rien n'interdit à ceux-ci de prendre la même initiative, au cas où l'associé apporteur resterait inactif.

La facilité avec laquelle le remède préventif que nous venons de proposer peut être exercé ne permet pas de soutenir sérieusement que la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limité se heurterait à des difficultés insolubles si l'unanimité des voix était nécessitée par une telle opération. Aucun associé, en effet, ne refusera de donner sa voix, s'il sait qu'il peut aussi facilement écarter les conséquences rigoureuses de l'article 8 de la loi de 1925 dont la sévérité aurait pu, autrement, le faire hésiter à voter la transformation.

B. — Difficultés particulières tenant à l'existence d'actions dont les porteurs sont inconnus ou dissidents au moment de la transformation.

51. — *Remarques générales.* — De telles difficultés n'existent pas et ne peuvent pas exister dans l'hypothèse de la transformation d'une société anonyme par actions en société en nom collectif ou en comman-

1. V. rapport de M. Amiaud, *Bull. Soc. d'études lég.*, 1937, p. 84.

dite simple puisque l'unanimité des actionnaires est nécessaire pour réaliser la modification des statuts. Pas de difficulté non plus s'il existe des biens en nature dans le capital de la société anonyme qui prend la forme « à responsabilité limitée », la responsabilité solidaire que fait encourir la présence de tels biens (art. 8 de la loi de 1925) s'analysant en une augmentation des engagements des actionnaires (aux termes de l'art. 31, L. de 1867, réd. L. 1er mai 1930) et nécessitant, à ce titre, l'unanimité de leurs voix. La question de porteurs d'actions inconnus se pose dans l'unique hypothèse où une société anonyme, dont le capital ne comporte pas de biens en nature, décide, à un simple vote majoritaire, aux conditions de quorum et de majorité spécifiées par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 (réd. L. 1er mai 1930) sa transformation en société à responsabilité limitée.

A notre avis, la question doit se poser au moment de la transformation, à titre préventif, eu égard aux nombreuses difficultés que sa méconnaissance risque d'entraîner dans le futur, et aux entraves, véritables impasses la plupart du temps, qu'elle peut opposer au fonctionnement de la société sous sa forme nouvelle.

52. — *La loi de 1925 ne peut être intégralement obéie.* — L'application de certaines dispositions de la loi du 7 mars 1925 va se trouver paralysée, indirectement, mais sûrement, par l'existence de porteurs d'actions, inconnus au moment de la transformation.

L'ancien article 14 de la loi du 7 mars 1925 exigeait la publicité des noms des associés à responsabilité limitée. Dans ces conditions, il est certain que les associés inconnus ne pouvant figurer dans cette mention, on pouvait se demander si cette circonstance mettait obstacle à la transformation. Mais le décret-loi du 30 octobre 1935 suspendit la controverse en réduisant l'exigence de cette publicité aux seuls noms des gérants et des membres du conseil de surveillance [1].

Par contre, l'argument tiré de l'article 4, alinéa 3, de la loi de 1925, conserve toute son actualité. Aux termes de ce texte :

> Tous les associés doivent intervenir à l'acte en personne ou par des mandataires justifiant d'un pouvoir spécial [2].

Le concours d'un ou de plusieurs actionnaires à l'acte faisant défaut, la transformation envisagée va-t-elle être tenue en échec ? M. Bastian remarque avec beaucoup d'à-propos [3] qu'il est étrange de poser qu'une décision puisse être prise valablement par la majorité de l'assemblée

---

1. V. pourtant Chambaz et Leblond, *Précis des Sociétés*, 1937, n° 538.
2. En ce sens, Ch. Defrenois, *Rép. not.*, 1941, art. 25.802, p. 49 : « Il faut que tous les associés comparaissent, soit en personne, soit par mandataire, à l'acte dans lequel les statuts de la société transformée sont établis. »
3. D. Bastian, « A propos de la transformation des sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée. » (*Journ. soc.*, 1945, n. 84, n° 6.)

et d'exiger ensuite, pour sa réalisation, le concours de l'unanimité des actionnaires. Ce serait laisser une décision régulièrement votée à l'arbitraire de quelques velléitaires qui changeraient d'avis après coup, ce qui est inadmissible [1]. La Cour de cassation et même tout récemment, le 23 janvier 1950 [2], appuya de sa haute autorité cet argument logique, dans des circonstances qui méritent un examen d'autant plus approfondi que cet arrêt, selon nous, engendre de multiples conséquences d'ordre très général. Par décision de l'assemblée générale extraordinaire de ses membres, une société anonyme avait été transformée en société à responsabilité limitée. Les statuts modifiés spécifiaient que chaque actionnaire de la Société des vignobles et caves de la Bouvraie-Anjou « devenant associé, a droit à une part de la société à responsabilité limitée pour chaque action dont il justifiera être propriétaire ». La Cour de cassation en a déduit qu'un actionnaire, sans avoir rendu ses actions supprimées pour être inscrit comme participant ni rempli les formalités nécessaires à cet effet, était cependant devenu de plein droit, associé de la société à responsabilité limitée. Il est clair que la Cour de cassation n'attribue pas à l'article 4 un caractère d'ordre public puisqu'elle a admis qu'une clause statutaire pouvait y faire échec. En l'espèce (et l'objection n'a jamais été soulevée), la société a pu être valablement formée sans le respect de l'article 4. Ce qui prouve que ce texte n'est pas une formalité constitutive essentielle et qu'il n'est pas utile de se conformer à ses dispositions au cas de transformation.

Aux termes de l'article 7 de la loi de 1925 :

> Les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent être définitivement constituées qu'après que toutes les parts ont été réparties entre les associés dans l'acte de société.

Le dernier alinéa de ce texte impose aux parties la déclaration formelle dans l'acte que cette condition est remplie. Si cette disposition ne vise expressément que la « constitution » d'une société à responsabilité limitée, les auteurs admettent qu'elle devrait être suivie également au cas d'augmentation de capital [3]. Ne doit-on pas la suivre également dans le cas d'acquisition du type de la loi de 1925 par voie de transformation d'une société préexistante motif pris de la portée de l'arrêt de la Chambre civile du 17 juin 1936 qui a proclamé l'unité de régime des sociétés à responsabilité limitée. L'arrêt de la Chambre civile du 23 janvier 1950 [4] semble indiquer que la Cour ne voit pas

---

1. V. en ce sens : FAUVEL, *Journ. des notaires*, 1941, art. 40.904, pp. 316 sq.
2. Cass. civ. (sect. comm.), 23 janvier 1950, *S.* 1950-1-131 et *J. c. p.* 1950-11-5355 (note LESCOT).
3. V. H. LECOMPTE, « De la transformation des sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée. » (*Journ. Soc.*, 1949, p. 100.)
4. Précité.

plus dans l'article 7 que dans l'article 4 une formalité substantielle attachée au type de la société à responsabilité limitée. En effet, si l'on peut penser que la transformation de plein droit de la qualité d'actionnaire en celle d'associé à responsabilité limitée, prévue en l'espèce par les statuts, suffisait à remplir l'exigence de l'article 7, il ne faut pas oublier le texte même de l'article qui impose une répartition « entre les associés ». Il ne suffit pas de dire que tout actionnaire devient associé de la société de type nouveau. Encore faut-il qu'une répartition effective ait lieu. Comment y procéder si certains « associés » (en réalité porteurs d'actions) sont inconnus et introuvables ? L'arrêt du 23 janvier ne s'est pas préoccupé de la difficulté. C'est assez dire que la Cour ne considère pas ce texte comme une formalité constitutive essentielle faute de laquelle la transformation ne pourrait avoir lieu. Quoi qu'il en soit, et malgré l'arrêt du 23 janvier 1950, dont la portée générale autorise implicitement la solution que nous venons de donner, l'incertitude demeure quant à la validité de la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée lorsque tous les noms d'actionnaires ne sont pas connus. Il est à craindre qu'un porteur d'actions inconnu, postérieurement à la transformation, s'appuie sur le fait que l'article 7 n'a pas été obéi et réclame sur cette base l'annulation de l'opération. Le peut-il ? En l'état des textes et de la jurisprudence, on ne peut répondre à cette question avec une certitude absolue. Un excellent moyen, probablement le seul, pour éliminer en pratique les chances d'annulation de la transformation, consiste en ce que certaines actionnaires prennent l'engagement de racheter les droits de ceux des porteurs d'actions qui n'auraient pu être identifiés dans l'acte de transformation [1]. Si cette solution, cette sorte de porte-fort, venait à être consacrée, il ne faudrait pas du reste en conclure pour autant que l'article 7 n'est pas une formalité essentielle. Il est vrai que la cause de nullité a existé, au moment de la transformation, ce qui, semble-t-il, doit suffire pour faire tomber la transformation. Selon la théorie classique des nullités, incontestablement oui. Mais, depuis quelques années, la jurisprudence, en matière de sociétés plus particulièrement, a tendance à admettre que les vices, même les plus graves, peuvent être couverts [2]. La promesse de porte-fort envisagée ci-dessus peut s'analyser de la part de ceux qui l'ont formulée, en une proposition de confirmation faite aux porteurs inconnus, le jour où ils se révèleraient.

Enfin, une dernière difficulté peut provenir de l'article 21 de la loi de 1925 qui établit que :

> Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables, nominatifs, au porteur ou à ordre.

---

1. V. en ce sens : H. LECOMPTE, art. précité, p. 102.
2. Sur cette tendance, v. *infra*, n° 147.

Comment, si les porteurs sont inconnus ou dissidents, pourra-t-on procéder à la suppression matérielle des titres qu'ils détiennent ou dont ils ne voudraient pas se défaire ? L'obstacle est sérieux. Certains auteurs l'estiment insurmontable [1]. Nous ne pensons pas que l'article 21 soit infranchissable. L'arrêt du 23 janvier 1950 semble bien poser en principe général que la survivance à la transformation d'actions au porteur ne contrevient pas à la prescription de l'article 21...

...Et que, d'autre part, il rapportait la preuve de cette qualité (celle d'associé) par la production de ses anciennes actions libellées au porteur, lesquelles ne représentant pas des parts de la société à responsabilité limitée, ne contrevenaient nullement aux dispositions de l'article 21 de la loi du 7 mars 1925 ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé.

Les titres au porteur permettent à leur titulaire d'obtenir en échange un nombre correspondant de parts de la société transformée. Ils jouent un rôle d'instruments de preuve de son droit et ce n'est que dans cette mesure qu'ils possèdent une valeur. Si la rigueur du raisonnement juridique nous pousse à décider que l'article 21 de la loi de 1925 n'est pas affecté par l'existence de porteurs dissidents ou inconnus, les difficultés pratiques qui accompagnent une telle solution nous autorisent à la déplorer. S'il est vrai que l'existence du titre au porteur prend automatiquement fin le jour où la transformation, votée régulièrement, a lieu, les tiers ne sont pas forcément au courant de la disparition de telle société sous sa forme anonyme, et l'on conçoit fort bien qu'un porteur d'actions malhonnête se débarrasse de ses titres, postérieurement à la transformation. Le tiers acquéreur est lésé qui croit faire partie d'une société anonyme et qui, en réalité, vient d'acquérir, sans le savoir, et en même temps que les actions litigieuses, vocation d'entrer dans une société à responsabilité limitée. Le porteur d'actions peut fort bien d'ailleurs s'être débarrassé de ses titres en toute bonne foi, ignorant que sa société s'était transformée. Quoi qu'il en soit, que le porteur d'actions soit de bonne ou de mauvaise foi, le résultat est le même pour les tiers : ils pâtissent sans recours possible. Comme on le voit, si l'article 21 de la loi du 7 mars ne met pas un obstacle dirimant, en cette hypothèse, à la transformation, ses conséquences n'en constituent pas moins autant de difficultés sérieuses, un titre qui n'a plus cours continuant à circuler dans le public.

53. — *Opinion de M. Bastian. Critique.* — M. Bastian, refusant les arguments qui précèdent, arrive cependant à la même solution, c'est-à-dire que l'existence d'actionnaires, absents à l'assemblée et inconnus, constitue un obstacle à la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée [2]. Il y arrive par un autre chemin. Cet

1. V. CHAMBAZ et LEBLOND, op. précité, n° 538.
2. V. étude précitée (*Journ. Soc.*, 1945, n° 8, p. 86).

auteur part de cette idée que l'*intuitus personae* qui est l'un des caractères essentiels de la société à responsabilité limitée s'oppose à ce que l'on puisse accepter l'entrée d'inconnus dans la société qui se crée sous cette forme. Il faut, lors de la transformation, que chaque actionnaire puisse décider en connaissance de cause s'il veut devenir membre d'une société à responsabilité limitée avec ses anciens coactionnaires. M. Bastian va très loin puisqu'il affirme :

> Il n'est plus question de savoir si la majorité peut lier la minorité, car elle ne peut même plus se lier elle-même : le consentement d'actionnaires présents à l'assemblée et partisans de la transformation n'est pas valablement donné ; il est vicié par l'ignorance de l'identité des porteurs absents et inconnus avec qui il s'agit de former la société à responsabilité limitée.

L'argument essentiel que M. Bastian avance à l'appui de sa thèse est un argument jurisprudentiel : l'arrêt de la Chambre des requêtes du 9 octobre 1940 [1]. Cette décision avait pu décider que l'autorisation anticipée, donnée aux associés par l'assemblée d'une société à responsabilitée limitée, de s'engager à céder leurs parts sociales à des tiers encore inconnus et d'établir, en garantie de l'exécution de cette promesse, des titres de cession en blanc, sans désignation du cessionnaire, donc transmissible à quiconque, est nulle comme contraire aux dispositions des articles 21 et 22 de la loi du 7 mars 1925, en ce qu'elle emporte abdication du droit de ocntrôle conféré à l'assemblée sur la personnalité des nouveaux membres afin d'assurer la persistance d'un des caractères essentiels de la société. Cette jurisprudence fut confirmée par un arrêt récent de la Cour d'Angers, en date du 9 novembre 1949 [2], qui décida que, dans une société ne comprenant que deux associés, l'accord de principe donné par le gérant à la cession projetée par son coassocié ne vaut pas agrément du cessionnaire avec qui le cédant a traité en violation d'une clause expresse des statuts sans le désigner nominativement au gérant. Malgré la présence, en l'espèce, d'une clause statutaire, la Cour d'Angers pose une règle générale qui déborde le cadre du procès : l'agrément à une cession de parts « doit désigner nommément le cessionnaire pour sauvegarder l'un des caractères essentiels (l'*intuitus personae*) de ce genre de société. Tous ces principes sont solidement établis et sont appliqués par la pratique : c'est ainsi que, lorsqu'une part de société à responsabilité limitée est vendue par adjudication publique, il y a toujours, dans le cahier des charges, une clause réservant l'agrément de l'adjudicataire par les associés [3].

---

1. *D.C.*, 1942-1-115 (note Pic) ; *Sem. jur.*, 1941-1596. *Adde* : Trib. com. Lyon, 8 janvier 1945 (*Journ. Soc.*, 1946, 239) ; V. G. Ripert, *Traité de droit commercial*, 1948, n° 844, et Escarra et Rault, *Les Sociétés commerciales*, t. I, n° 451.
2. *Rev. Soc.*, 1950, 36 et note Ripert ; v. de même l'étude de J. Rault à la *Rev. trim. de droit com.*, 1950, p. 259.
3. V. note Ripert, précitée.

Le raisonnement de M. Bastian, séduisant, il faut bien l'avouer, n'est pas exempt de critiques. On peut tout d'abord remarquer que les décisions précitées avaient trait à des cessions de parts à des étrangers. Reste à savoir si l'interprète ne commettrait pas un abus en étendant cette solution, fictivement, par analogie, à l'hypothèse de transformation. Cette extension serait probablement abusive, car le simple changement de forme d'une société anonyme en société à responsabilité limitée n'apporte aucune modification cruciale dans les rapports antérieurs des associés. Les porteurs inconnus ou dissidents ne sont pas des étrangers : ce sont des associés inconnus mais ce sont des associés [1]. Il ne faut pas exagérer à ce point l'importance de la considération de la personne dans les sociétés à responsabilité limitée. Dans ces sortes de sociétés, l'*intuitus personae* joue un rôle certain, mais plus atténué que dans les sociétés de personnes. C'est ainsi que les dispositions des articles 21 et 22 de la loi de 1925, sauf clause contraire des statuts, sont inapplicables en cas de mutation à titre gratuit ou par décès. Les sociétés de la loi de 1925 sont des hybrides et ressemblent autant aux sociétés de capitaux qu'aux sociétés de personnes : la loi n'a pas limité le nombre d'associés, ni le montant du capital social, les associés peuvent théoriquement se chiffrer par centaines, les décisions sont prises à la majorité des voix, chaque associé possède un nombre de voix proportionnel au nombre de parts qu'il détient (art. 28) comme dans les sociétés par actions [2]. On peut ensuite reprocher à M. Bastian de n'avoir pas indiqué (et la critique est sérieuse) comme il entend assurer, en pratique, la concrétisation de son système. En réalité, son argumentation rejoint directement la série des arguments tirés des articles 4, 7 et 21 de la loi de 1925. Ce ne sont, en effet, que des aspects de la même question, car lesdits articles tendent précisément à réaliser l'*intuitus personae* dans la société à responsabilité limitée. Nous avons vu le sort que la jurisprudence (arrêt de la Chambre civile du 23 janvier 1950) semble leur avoir réservé.

Il est incontestable que, dans le cas où la transformation implique le consentement unanime des associés, le refus d'un seul mettra obstacle à l'opération. Mais, lorsque l'opération peut s'effectuer sur un simple vote majoritaire (trois quarts du capital social), si des membres de la société anonyme désapprouvent la présence dans la société à responsabilité limitée, en laquelle leur société va se transformer, de coassociés dont la personnalité leur déplaît, ils n'auront aucun moyen d'empêcher la transformation, si le quorum de l'article 31 de la loi de 1867 est atteint. Force leur sera de s'incliner devant la loi de la majorité. Ils n'auront qu'à se débarrasser de leur titre, s'ils veulent éviter un voisinage qui leur déplaît.

---

1. Sur ce sens : LECOMPTE, étude précitée (*Journ. Soc.*, 1949, p. 49).
2. V. sur tous ces points la note P. LESCOT sous Cass. civ., 23 janvier 1950 (*J. C. P.*, 1950-11-5355).

54. — *Difficultés de fonctionnement de la société transformée.* — L'existence d'actions dont les porteurs sont inconnus ou dissidents au moment de la transformation de la société anonyme en société à responsabilité limitée entraîne une grande difficulté pour le fonctionnement futur de la société sous sa nouvelle forme. Et cette difficulté ne vient pas des textes eux-mêmes de la loi de 1925 mais d'une circonstance de fait qui peut aller jusqu'à paralyser les dispositions que prescrit l'article 31 de cette loi pour la tenue d'assemblées. Le quorum, dans les sociétés anonymes, est fixé aux trois quarts du capital social pour les modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société : aux deux tiers, à la moitié et même au tiers du capital social pour tous les autres cas (art. 31, L. 24 juillet 1867, réd. L. 1er mai 1930). La majorité que prévoit le même article est fixée aux deux tiers au moins des voix des actionnaires. Dans les sociétés à responsabilité limitée, outre la majorité en capital, la majorité en nombre est toujours nécescaire (l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 la fixe à la moitié plus un des associés indépendamment des trois quarts du capital social qui doivent être réunis). S'il existe un grand nombre de porteurs d'actions dont on ignore l'identité, il sera impossible de calculer la majorité en nombre exigée par l'article 31 de la loi de 1925 pour la tenue des assemblées futures [1].

Certaines opérations seront interdites à la société dont les membres ne seront pas au complet. Nous voulons parler de celles dont la réalisation nécessite l'unanimité des voix (art. 31, L. 7 mars 1925) : tel le changement de nationalité, telle aussi la transformation de la société à responsabilité limitée en un type où la responsabilité indéfinie de l'associé (société de personnes) s'analyse en une augmentation de la part sociale. Bien qu'aucun texte ne soit directement enfreint par une transformation opérée dans ces conditions, une telle opération serait bien peu souhaitable. La vie de la société serait à tout instant en suspens et presque à la discrétion d'anciens actionnaires qui se feraient connaître après coup et attaqueraient les délibérations qui n'auraient pas tenu compte de la majorité en nombre. Et l'on sait la rigueur avec laquelle la jurisprudence fait respecter les règles relatives au quorum et à la majorité des décisions des assemblées, qu'elle considère comme étant d'ordre public [2].

---

1. V. l'excellent exemple chiffré que donne M. Lecompte (art. préc., *Journ. Soc.*, 1949, p. 102, note 20).

2. V. Lecompte, étude précitée, p. 104. *Adde :* Cass. req., 4 juillet 1934 (*Journ. Soc.*, 1935-1950). La Cour reconnut à un actionnaire le droit d'exercer l'action en nullité, encore qu'il ait approuvé par son vote la délibération irrégulière, la nullité pour méconnaissance des prescriptions légales sur la composition des assemblées anonymes étant d'ordre public. De même dans l'arrêt précité du 23 janvier 1950, la Cour reconnut au titulaire d'un certain nombre d'actions au porteur le droit de demander la dissolution de la société transformée en société à responsabilité limitée et fonctionnant sous cette dernière forme. *Adde :* Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 1192 et les décisions et autorités citées.

La difficutlé serait donc insoluble sans qu'il soit juridiquement possible de la pallier si elle risquait de se présenter souvent. Mais, en pratique, elle se pose rarement. Et ceci pour deux raisons. Les sociétés par actions qui se transforment en sociétés à responsabilité limitée sont de petites sociétés où tous les membres se connaissent. Les porteurs d'actions inconnus sont rares. Les dissidents également. L'espèce soumise à la cassation le 23 mai 1950 révèle la présence d'un grand nombre d'associés. Elle est un peu l'exception qui confirme la règle. En second lieu, il importe de remarquer que les actions au porteur sont traquées par le législateur (L. 2 février 1941 et lois subséquentes) et se raréfient, ce qui diminue proportionnellement les chances de se heurter à la difficulté qui nous préoccupait [1].

§ 2. — Consentement des non-associés.

(obligataires et porteurs de parts).

55. — *Remarques générales.* — Les obligataires sont des créanciers et par là même s'opposent aux actionnaires. Ce ne sont pas des associés. La nature juridique de la part de fondateur est imprécise. Ces titres, que la société peut émettre soit à la date de sa constitution, soit postérieurement, n'affectent en rien le capital social et, par conséquent, ne confèrent pas à leurs propriétaires le titre d'associé. Ils s'analysent en un droit sur une part des bénéfices. Et si la loi du 23 janvier 1929, qui est la charte de ces sortes de titres, s'est abstenue d'établir, d'une façon générale, une assimilation entre les obligations et les parts de fondateur, elle refuse en tout cas aux titulaires de ces dernières la qualité d'associés qui caractérise les actionnaires [2].

La loi du 23 janvier 1929 décide que les porteurs de parts de fondateur de même nature constituent « une masse ». Il existait, antérieurement à cette loi, des groupements de porteurs de parts, constitués sous la forme de société civile dont la validité n'a jamais été contestée. La loi de 1929 a laissé intacts les groupements déjà créés, en leur permettant, toutefois, dans son article 14, de se soumettre aux dispositions de la loi nouvelle. Si la transformation n'a pas eu lieu, il faut se référer aux statuts de l'ancien groupement. Cette dualité de régime va nous obliger à envisager, dans les développements qui vont suivre, les difficultés d'un double point de vue, selon que la masse fonctionne sous un régime conventionnel ou a adopté les dispositions de la loi de 1929. La même remarque s'applique aux obligataires que l'article 10 du décret-loi du 30 octobre 1935 groupe en une « masse ». Et l'article 33 prévoit le maintien des sociétés civiles d'obligataires créées

---

1. V. sur ce dernier point, Escarra et Rault, *op. cit.*, n° 451, note 2.

2. V. également en ce sens : Cass. civ., 12 novembre 1946 (*Journ. Soc.*, 1947-137 ; *Rev. Soc.*, 1949, 142, et note G. Ripert).

antérieurement ou leur transformation et leur soumission aux dispositions du décret-loi.

La transformation d'une société par actions en société d'une autre forme entraîne de graves modifications dans le fonctionnement de la société, et l'on comprend aisément que les porteurs de parts (art. 9 L. 23 janvier 1929) et les obligataires (art. 20 D.L. 30 octobre 1935) soient appelés à donner leur avis. L'assemblée générale des actionnaires qui décide la transformation pourra surmonter la difficulté qui tient à la présence de porteurs de parts bénéficiaires ou d'obligataires de deux façons : ou bien envisager la disparition des titres, ou bien leur transformation en titres d'une nature telle qu'ils ne seront pas en contradiction avec le régime juridique de la nouvelle forme de société acquise à la suite de la transformation de la société elle-même.

Certes, la transformation de la part de fondateur ou de l'obligation amène à envisager la situation de ces titres après que la société a abandonné sa forme ancienne. Mais il importe d'examiner cette question à cette place, car elle se rattache étroitement, tout comme celle de la disparition des titres, au problème du consentement des obligataires et des porteurs de parts. Ce problème du consentement des obligataires et des porteurs de parts est évidemment antérieur à la transformation de la société, puisqu'il la conditionne.

A. — Disparition des titres.

56. — *Rachat des obligations.* — La société par actions peut songer à racheter les obligations qu'elle a émises. Cette opération soulève peu d'inconvénients. En effet, si l'article 20 du décret-loi du 30 octobre 1935 prévoit la nécessité d'une délibération de la masse des obligataires dans le cas où la société se transforme, il précise bien que :

> A défaut de l'approbation de ces propositions par l'assemblée des obligataires, la société débitrice ne peut passer outre qu'en remboursant les obligations des porteurs qui en feraient la demande au plus tard dans les trois mois à partir de la date à laquelle la modification de la forme de la société est devenue définitive.

Lorsque les obligataires sont groupés sous forme de société civile, il est d'usage de consulter les statuts. S'ils n'ont rien prévu, il n'est pas nécessaire de soumettre la transformation à l'assentiment des obligataires [1]. Le seul obstacle qui est susceptible de se poser vient de la trésorerie de la société par actions qui peut ne pas être en mesure de procéder au rachat.

57. — *Rachat des parts de fondateur.* — La société par actions peut également procéder au rachat des parts de fondateur qu'elle a émises.

---

1. V. en ce sens : Escarra et Rault, *op. cit.*, n° 448 *in fine*.

Elle doit nécessairement recourir à cette solution lorsqu'elle se transforme en société de personnes et que la conversion des parts en actions est par ailleurs irréalisable. L'opération de rachat ne soulève aucune difficulté dans l'hypothèse où les statuts de la société par actions ont prévu, dès l'origine, la possibilité de cette opération et ont assigné un chiffre de rachat forfaitaire. Aucune difficulté non plus lorsque les porteurs de parts sont groupés en une masse soumise au régime de la loi du 23 janvier 1929. L'article 7 de cette loi précise, en effet, que l'assemblée générale, régulièrement constituée et délibérant aux conditions de quorum et de majorité prévues à l'article 6 [1], peut consentir au rachat des parts par la société. Le dernier alinéa de l'article 7 précise que « les décisions prises par l'assemblée générale sont obligatoires pour tous, même pour les absents, dissidents ou incapables ». Il n'existe, enfin, aucun obstacle lorsque les porteurs de parts sont groupés en société civile antérieure à la loi de 1929 et dont les statuts ont prévu le rachat.

Mais, lorsque les statuts de la société par actions n'ayant pas envisagé l'opération, l'assemblée générale des porteurs de parts refuse le rachat et lorsque les statuts de la société civile n'ont pas prévu le rachat dans ce cas, l'unanimité de leurs voix est nécessaire. Et les porteurs seront d'autant plus enclins à hésiter que l'article 41 - B du décret du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale entraîne pour eux, au point de vue de la surtaxe progressive, des inconvénients importants. Dans ce cas, la transformation de la société rencontre une sérieuse difficulté. Et même dans l'hypothèse la plus favorable où les porteurs consentiraient à l'opération, un obstacle pratique avec lequel il faut compter pourrait provenir de ce que le rachat impose des charges à la trésorerie de la société [2].

B. — Transformation des titres.

58. — Les parts de fondateur et les obligations peuvent être transformées avant ou après la conversion de forme de la société elle-même.

1° *Avant la transformation de la société.*

59. — *Interdiction de convertir obligations en actions.* — L'article 21 du décret-loi du 30 octobre 1935 interdisant expressément à la masse des obligataires la conversion des obligations en actions, ce qui modifierait la nature de leur droit [3], la question de la transformation de

---

1. Ce texte prévoit un quorum dégressif de 3/4, 1/2, 1/3 des parts existant dans la masse intéressée et une majorité immuable des 2/3 des voix des membres présents ou représentés.

2. V. sur ces points : H. Lecompte, pp. 93 sq., et Escarra et Rault, n° 448.

3. La même interdiction s'applique à la conversion des obligations des obligataires en parts bénéficiaires. V. Paris, 24 juillet 1937 (*D.P.*, 1938-2-33, note Cordonnier).

l'obligation ne peut pas se poser avant le changement de forme de la société par actions.

60. — *Transformation des parts de fondateur en actions.* — Lorsque la société par actions possède des réserves suffisantes, on peut songer à transformer les parts de fondateur en actions, suivant le procédé désormais classique de l'incorporation de réserves au capital [3]. Il s'agit là d'une opération que le législateur s'efforce de provoquer et que les mesures fiscales favorisent [2]. L'article 16 - IV de la loi du 31 janvier 1950 en particulier prévoit un certain nombre de cas où l'incorporation au capital ne donne pas lieu à la perception de la taxe additionnelle au droit d'apport prévue à l'article 448 du Code de l'enregistrement. La taxe imposée à une société par actions, sur les actions faisant l'objet d'un rachat, ne saurait être étendue, par analogie, au rachat de parts, les deux opérations ne comportant pas d'effets analogues. Le rachat des parts, comme celui des obligations, a, en effet, pour résultat d'annuler les titres qui y sont soumis, tandis que l'action rachetée demeure, en principe, tant activement que passivement, dans le bilan de la société, puisque sa valeur nominale est représentée dans le capital social nominal. Ce n'est pas seulement le titre qui a disparu, mais le droit. Donc l'assiette de l'impôt est supprimée. C'est en ce sens qu'a statué la Chambre civile, le 12 novembre 1946 [3]. De cette opération qui fait disparaître la part de fondateur résultent deux conséquences juridiques : il y a augmentation de capital, et l'attribution d'actions aux porteurs de parts en échange de leurs titres leur confère la qualité d'associés [4]. Une telle attribution n'est que facultative, car les porteurs de parts ne peuvent réclamer la remise des actions. Ils ne peuvent obliger la société à ajouter à leurs droits des prérogatives nouvelles qui modifieraient profondément l'économie des divers groupes composant les assemblées des actionnaires. A l'inverse, la société ne peut les obliger à accepter l'échange des titres contre des actions. Aussi l'article 7 de la loi de 1929 décide-t-il sagement que la conversion doit être votée par l'assemblée

---

1. V. Cordonnier, « De l'emploi des réserves à l'augmentation du capital social », *Journ. Soc.*, 1943, pp. 81 sq., n° 30 ; H. Lecompte et P. Bosvieux, « De l'incorporation de la plus-value de réévaluation au capital social », *Journ. Soc.*, 1947, 1, n° 14 ; D. Bastian, « Les parts de fondateur et l'incorporation au capital de la réserve de réévaluation », *Journ. Soc.*, 1950, pp. 60 sq.

2. V. : L. 5 juillet 1949, L. 31 janvier 1950, décret du 5 avril 1950.

3. Cass. civ., 12 novembre 1946 (*Journ. Soc.*, 1947, p. 137 ; *Rev. Soc.*, 1949, p. 142, et note G. Ripert).

4. Cette conversion des parts de fondateur en actions ne peut être réalisée dans les deux premières années de la constitution si les parts de fondateur ont été attribuées à des apporteurs en nature, car elle serait un moyen de donner à ces apporteurs des actions négociables (v. art. 8 L. 23 janvier 1929). V. sur l'attribution aux porteurs de parts de la qualité d'associés : Bastian, étude précitée, p. 72, et les auteurs cités à la note 17.

générale des porteurs de parts, aux conditions fixées à l'article 6. Si les porteurs sont groupés en société civile, on suit les statuts. Mais si ces statuts n'ont rien prévu, il faut l'unanimité des voix [1]. L'opération de conversion de parts bénéficiaires en actions améliorant assez notablement la nature du droit des porteurs, il est peu probable que ceux-ci se refusent à l'opération. Mais encore faut-il — condition suffisante, mais nécessaire — que la société dispose de réserves disponibles pour la réaliser.

2° *Après la transformation de la société.*

61. — *Transformation des obligations.* — Nous avons vu [2] que la question ne se pose qu'après la conversion de forme de la société par actions. Elle se pose toutes les fois où, pour des raisons d'ordre financier, la société anonyme n'aura pas pu imposer aux obligataires le remboursement de leurs titres.

La structure et la nature des sociétés de personnes (société en nom collectif et société en commandite simple) exclut la présence de titres autres que la part sociale proprement dite [3]. La question de la transformation des titres qualifiés « obligations » qui existent dans la société anonyme ne peut se poser lorsqu'une société de ce type change sa forme pour la forme en nom collectif. Par contre, la conversion d'une société anonyme en société en commandite simple n'entraîne aucun changement dans la condition des obligataires qui deviennent des commanditaires. Leurs titres se transforment en parts de commandite. Leur nature juridique reste la même : ce sont toujours des droits de créance. La part de commandite ayant un régime bien défini, son étude n'offre aucun intérêt particulier. Il semble, par contre, plus intéressant d'étudier le sort des obligations d'une société anonyme qui se transforme en société à responsabilité limitée.

Le régime de la société à responsabilité limitée permet-il la présence d'obligations négociables ?

Le législateur de 1925 a entendu protéger l'épargne en interdisant aux sociétés à responsabilité limitée de faire appel au public pour placer leurs titres. L'article 4 - 4° de la loi du 7 mars 1925 porte :

> Il est interdit à la société d'émettre, pour son propre compte, par souscription publique, des valeurs mobilières quelconques.

L'article 37 de la même loi sanctionne pénalement cette prohibition en ces termes :

---

1. V. en ce sens : H. LECOMPTE, article précité (*Journ. Soc.*, 1949, p. 95).
2. V. *Supra*, n° 59.
3. La raison qu'on en donne est que, dans ces sociétés, la responsabilité solidaire et indéfinie des associés tient la première place. V. note HOUPIN et BOSVIEUX, 6e éd., n° 427 ; LECOUTURIER, *Tr. des parts de fondateur*, éd. 1914, p. 20 ; PIC et BARATIN, *Sociétés à responsabilité limitée*.

Sont punis d'une amende de 30.000 à 600.000 francs et d'un emprisonnement de 15 jours à 6 mois ou de l'une de ces peines seulement..., les gérants qui, directement ou par personne interposée, ont ouvert une souscription publique à des valeurs mobilières quelconques pour le compte de la société.

Les articles 21, 22 et 23 de la loi précisent que ces dispositions s'appliquent aux parts sociales. La loi du 7 mars 1925 est courte. Sa rédaction est rigoureuse. Il est bien peu probable que le législateur ait éprouvé le besoin de procéder à des redites. L'expression : « valeurs mobilières quelconques » employée par l'article 4 englobe tous les titres que la société peut émettre, parts sociales, obligations, bons de caisse, coupons d'intérêts ou de dividendes. Dans la première rédaction du projet de la loi, il était spécifié que les sociétés à responsabilité limitée ne pourraient ouvrir de souscription publique « à des actions, à des obligations ou à toutes autres valeurs mobilières ». Mais la Commission de la Chambre tint compte des observations présentées par la Société d'études législatives et préféra à toutes ces précisions le terme plus général de « valeurs mobilières quelconques ». Il semble logique de voir dans l'article 4-4° l'énoncé, dès le seuil de la loi, d'un principe général dont les articles 21, 22, 23, font application au cas particulier des parts sociales et dont l'article 37 consacre la sanction. Par un raisonnement *a contrario,* on doit admettre que les parts sociales ne sont pas les seuls titres qui peuvent exister dans une société à responsabilité limitée. Le législateur de 1925 a voulu éviter avant tout que des valeurs mobilières soient émises pour le compte de la société, par voie de souscription. Rien n'empêche la société à responsabilité limitée d'admettre, à côté des parts sociales, l'existence d'autres titres, à condition que la triple prohibition des articles 4-4° et 37 de la loi de 1925 ne soit pas enfreinte. La doctrine est d'ailleurs en majorité de cet avis [1]. La jurisprudence est également en ce sens [2]. Mais chaque élément de cette prohibition à trois termes appelle des précisions qui définiront les caractères des titres qui pourront, dans la société à responsabilité limitée, coexister avec les parts sociales.

L'objet de la prohibition, c'est l'émission de valeurs mobilières. Peu importe la forme du titre : nominative ou au porteur. L'expression « valeurs mobilières » désigne en général des titres négociables représentant des droits d'associés ou de prêteurs [3]. Ces titres sont essentiellement mobiles et, la plupart du temps, ils sont négociables en bourse. La négociabilité du titre est l'un de ses traits les plus

1. V. Escarra et Rault, *op. cit.*, p. 516, et les nombreuses opinions citées aux notes 1 et 2.

2. V. Cass. crim., 11 février 1941 (*Journ. Soc.*, 1942, 115).

3. C'est la définition qu'en donne par exemple M. Ripert. Voir : Ripert, *Droit commercial*, 1948, n° 1536.

marquants. Ce caractère permet de distinguer des valeurs mobilières les promesses d'actions, les récépissés de titres déposés en banque et les titres de propriété transmissibles [1]. Il est incontestable que les obligations répondent au caractère de valeurs mobilières. Elles se présentent, en effet, sous forme de titres « essentiellement négociables, cotés à la bourse ou susceptibles de l'être » [2]. Les obligations de la société anonyme qui se transforme en société à responsabilité limitée ne peuvent pas subsister telles quelles dans la nouvelle société. La loi du 7 mars 1925, qui ne pouvait pas tout prévoir, a posé avec l'article 4 une règle générale et n'a visé expressément que le cas d'émission de valeurs mobilières. Mais si l'émission de titres négociables a été prohibée par la loi de 1925 pour éviter la spéculation dans ces sociétés de conception familiale, il est certain que l'esprit dans lequel l'interdiction a été posée doit conduire à étendre la règle de l'article 4 à l'hypothèse où des obligations négociables viendraient à exister dans la société à responsabilité limitée comme suite à la transformation d'une société anonyme. Il serait vraiment trop simple de tourner la loi en créant d'abord une société anonyme où l'on procéderait à une émission d'obligations et en transformant ensuite cette société en société à responsabilité limitée. L'obligation de la société anonyme ne peut subsister telle quelle dans la société à responsabilité limitée. Elle doit se transformer en un titre dont les caractéristiques ne seront pas en contradiction avec la loi du 7 mars 1925. Ce titre ne pourra pas circuler librement et ne sera pas négociable. L'arrêt de la Cour de cassation, rendu par la Chambre criminelle le 11 février 1941 [3], définit clairement le caractère de ce genre de titres :

> Attendu, d'ailleurs, que les valeurs mobilières dont l'article 37 de la loi du 7 mars 1925 interdit le placement par souscription publique sont seulement des valeurs négociables par les voies commerciales et susceptibles de donner lieu aux spéculations que le législateur a voulu écarter des sociétés à responsabilité limitée ; que ce texte laisse en dehors de ces prévisions des reconnaissances de dettes nominatives, ne pouvant être cédées que suivant le mode du droit civil, après accomplissement des formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil...

Ces titres pourront être cédés, après l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil, même à des étrangers, sans l'autorisation des associés. Les mesures restrictives de l'article 22 de la loi de 1925, qui subordonne la cession des parts sociales à des

---

1. La question s'est posée à propos de titres (*mineral deeds*) représentant des redevances de pétrole (*Oil Royalties*). Voir sur ce point : Dolbeau, « Les *Oil Royalties* américaines », *Rev. gén. droit com.*, 1939, p. 62.

2. V. Cass. req., 17 août 1869 (2 arrêts), *S.*, 1869-1-479 ; Wahl, *Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières*, n°s 1599 sq. ; Pic et Baratin, *op. cit.*, p. 319.

3. *Journ. Soc.*, 1942-115.

tiers étrangers au consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social, sont inapplicables en l'espèce. Le titre provenant de l'obligation transformée s'analyse, en effet, en un droit de créance et le droit commun s'applique : le créancier qui désire céder sa créance à un tiers n'a pas besoin de l'autorisation du débiteur cédé. Il suffit qu'il se conforme aux prescriptions que l'article 1690 du Code civil impose à l'égard des tiers.

En second lieu, l'article 4 - 4° de la loi du 7 mars 1925 interdit l'émission de valeurs mobilières « par souscription publique ». La définition de la « souscription publique » peut être trouvée dans la loi du 30 janvier 1907 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1907. Préalablement à toute mesure de publicité, les émetteurs, aux termes de l'article 3 de la loi, devront faire insérer dans un bulletin annexe au *Journal officiel* une note destinée à renseigner les souscripteurs éventuels sur la société émettrice. Le même texte mentionne ensuite la publicité par « affiches, prospectus, circulaires » et les « annonces dans les journaux ». La publicité au *Bulletin des annonces légales obligatoires* peut d'ailleurs être faite sans le concours et même à l'insu de la société émettrice, par exemple par un vendeur d'actions agissant sous sa propre responsabilité [1]. La définition de la loi de 1907 est explicite et montre l'importance de la publicité. Le critère de la publicité est à retenir pour tracer la frontière entre la souscription publique et la souscription purement privée. C'est ainsi, par exemple, que la prohibition de l'article 4-4° de la loi de 1925 ne visera pas la souscription qui est le résultat de démarches opérées sans publicité dans un cercle restreint de capitalistes, même si elles sont effectuées par des démarcheurs professionnels [2]. L'arrêt précité de la Cour de cassation du 11 février 1941 confirme cette interprétation de la notion de « souscription publique » :

...Mais attendu qu'il résulte du même arrêt que le public n'a pas été sollicité par annonces, circulaires ou prospectus ; que la plupart des prêts ont été consentis par les anciens actionnaires ou porteurs de bons de la société en nom collectif, transformée en société à responsabilité limitée, et par des tiers connus de Charpentier ou des démarcheurs ; qu'en cet état, le fait que certains prêteurs n'étaient pas connus des démarcheurs avant d'avoir été sollicités par eux ne suffit pas pour imprimer à l'opération le caractère d'une souscription publique...

Ces deux premiers éléments de la prohibition édictée par l'article 4-4° de la loi de 1925 doivent-ils nécessairement coexister pour constituer le délit que sanctionne pénalement l'article 37 de la même

---

1. Il s'agit du *Bulletin des annonces légales obligatoires*, tel qu'il résulte du décret du 27 février 1907, modifié par le décret du 3 février 1912.

2. V. Trib. civ. Seine, 24 juin 1936 (*D.P.*, 1938-2-97, note CARBONNIER).

loi ? Certains auteurs le pensent [1]. Nous sommes d'un avis différent. La négociabilité constitue en elle-même et prise séparément le délit que sanctionne l'article 37. Elle permet, en effet, de réaliser la spéculation que le législateur a voulu à tout prix écarter des sociétés à responsabilité limitée qui, dans sa pensée, devaient être des sociétés d'esprit familial. Les auteurs précités vont jusqu'à affirmer entre autres choses que les sociétés à responsabilité limitée peuvent créer des titres négociables dès lors que leur placement est réalisé en circuit fermé. Cette opinion est insoutenable. Il y a là un cercle vicieux : si le placement des obligations négociables qui existent dans la société à responsabilité limitée a été réalisé en circuit fermé, leur négociabilité leur permettrait de se répandre ensuite dans le public, et la responsabilité des gérants serait alors engagée en vertu de l'article 37. Si la négociabilité paraît devoir, en toute hypothèse, constituer à elle seule le délit que vise l'article 37 de la loi de 1925, il n'en va de même de la souscription publique que lorsqu'elle sert à créer des titres négociables, ce qui n'est pas toujours le cas. Il peut arriver que la souscription publique soit ouverte à l'effet de placer des titres négociables, des titres dont la transmission de propriété obéirait aux formalités de l'article 1690 du Code civil [2]. Dans cette hypothèse, on ne voit guère comment l'appel au public favoriserait l'idée de spéculation. L'appel au public peut même être de la plus grande utilité pour la bonne marche de la société à responsabilité limitée qui a besoin de crédit. L'emprunt se réalisera rapidement, en une seule fois, par la remise de titres à personne dénommée.

Ce qui, en dernier lieu, est prohibé par l'article 4-4° de la loi de 1925, c'est l'émission de valeurs mobilières effectuée par souscription publique « pour le propre compte de la société ». Par conséquent, une société à responsabilité limitée pourra ouvrir une souscription publique pour le compte d'autrui. Elle peut réaliser l'émission de valeurs mobilières dont elle serait chargée par des tiers, notamment par des sociétés par actions. Mais la législation récente rend théorique cette dernière éventualité. En effet, ne peuvent plus désormais adopter la forme à responsabilité limitée : ni les banques (L. 13 juin 1941, art. 6), ni les sociétés constituées en vue de l'exploitation des charges d'agent de change, de courtier ou de remisier (L. 14 février 1942, mod. Ord. 18 octobre 1945), ni enfin les sociétés formées entre courtiers en valeurs mobilières (L. 14 février 1942, art. 14). Seules les entreprises financières régies par la loi du 14 juin 1915 peuvent encore emprunter la forme à responsabilité limitée. En vertu de l'expression « pour son compte », il a été parfois décidé que l'inter-

1. V. Escarra et Rault, *op. cit.*, n° 460, p. 515. *Adde :* Houpin et Bosvieux, 6e éd., n° 1567 ; Drouets, n° 277 ; Lepargneur, p. 432 ; Piot, n° 7 et Suppl., pp. 18, 19 et 93.

2. V. Escarra et Rault, *op. cit.*, n° 460, p. 515.

diction ne visait que la société et non les associés pris personnellement ; c'est ainsi, dans cette opinion, qu'un associé pourrait faire appel au public en vue de libérer les parts qui lui sont attribuées dans une société à responsabilité limitée, pourvu qu'il ne mentionne pas l'existence de cette société dans des annonces ou prospectus [1]. Cette solution doit appeler des réserves. La personnalité est une fiction technique, un procédé qui n'empêche pas le juge de rechercher derrière l'écran de la personnalité l'individualité des associés. Cela étant, nous ne pensons pas que l'expression « pour son propre compte » permette d'opérer la dissociation des associés et de la société elle-même. Le fait, pour un associé, de procéder pour son propre compte à une émission publique est en contradiction avec l'esprit de la loi de 1925 qui a répudié l'idée de spéculation dans les sociétés de ce type, et il est bien peu probable qu'un tribunal hésite à déjouer une fraude de cet ordre, pour le motif que l'expression « pour son propre compte » propose de distinguer entre la société et ses membres.

Si l'existence, dans une société à responsabilité limitée, de titres non négociables, circulant dans les formes de l'article 1690 du Code civil, n'a rien d'anormal en elle-même, il reste à savoir si la masse des obligataires a le droit de consentir à une telle transformation des titres.

Il y a lieu de remarquer que l'obligation ne change pas de nature juridique, puisqu'elle ne perd pas son caractère de droit de créance. Seule la cessibilité du titre est entravée. En effet, l'obligation, librement négociable dans la société anonyme, est convertie en un titre qui ne pourra être cédé qu'après l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil. Mais l'essence de l'obligation reste identique. La disparition de la masse ne se traduit pas par une aggravation de la situation du titulaire du titre. Le danger qui était la cause de l'institution d'une masse, la présence d'actions, n'existe plus, puisque les actions se sont transformées en parts sociales. La protection que la « masse » procurait aux obligataires n'a plus sa raison d'être.

Malgré ces observations et bien que la transformation de l'obligation de la société anonyme ne porte pas atteinte à l'essence du titre ou à la situation personnelle de son possesseur, on peut se demander si le Tribunal civil, qui, aux termes de l'article 24 du décret-loi du 30 octobre 1935, doit nécessairement homologuer les décisions de la masse prises en vertu de l'article 20, accepterait de ratifier la décision de transformation des titres. Cette décision, en effet, n'entre pas expressément dans les prévisions de l'article 20, et l'on sait la rigueur avec laquelle la jurisprudence, depuis quelques années, tend à consi-

---

1. V. rép. du Ministre des Finances à M. Champetier de Ribes, député (*Journ. Soc.*, 1926-685).

dérer que les dispositions des articles 19 et 20 du décret-loi sont limitatives [1].

62. — *Transformation des parts de fondateur.* — Lorsque la part de fondateur de la société par actions n'a pu être rachetée ou convertie en action, la transformation de la société va-t-elle être irréalisable de ce fait ? Non, car la part de fondateur peut être transformée après la conversion de forme de la société anonyme. Il en va ainsi dans l'hypothèse d'une transformation de la société anonyme en société à responsabilité limitée et uniquement dans cette éventualité, car la structure des sociétés de personnes (société en nom collectif et société en commandite simple), où la responsabilité des membres est solidaire et indéfinie, est exclusive de l'existence de parts bénéficiaires. Nous allons voir le sens dans lequel la transformation des parts de fondateur va s'opérer.

Le capital social de la société à responsabilité limitée se divise en parts sociales (art. 6 L. 7 mars 1925) qui confèrent à leur titulaire la qualité d'associé. La loi n'a rien prévu d'autre. Il est incontestable que les titres des porteurs de parts ne pourraient subsister tels quels dans la société à responsabilité limitée, les articles 4, 21 et 22 de la loi de 1925 s'opposant à l'existence de titres négociables. Il est certain que les porteurs de parts pourraient devenir associés de la société à responsabilité limitée en souscrivant une part sociale. Mais cet aspect de la question, qui résoudrait le problème en le supprimant, ne nous intéresse évidemment pas. Au reste, les porteurs de parts voudraient-ils souscrire une part ? S'ils refusaient, nul ne pourrait les contraindre. Ce qui doit retenir ici notre attention, c'est de savoir si le régime de la société à responsabilité limitée permet de concevoir la coexistence de parts sociales, conférant à leurs titulaires la qualité d'associés, et de titres d'autre nature (sauf à les qualifier) faisant de leurs titulaires des tiers vis-à-vis de la société. Cette dualité peut exister. Nous avons suffisamment étudié les raisons de la prohibition posée par les articles 4 et 37 de la loi de 1925 [2] pour nous dispenser de revenir sur cette question. Nous avons pu conclure notre étude en affirmant la licéité de la présence, dans la société à responsabilité limitée, de titres de créance non négociables et transmissibles par les voies de l'article 1690 du Code civil. Les parts sociales ne sont

---

1. V. Paris, 24 juin 1939 (*D.C.*, 1942-J-22, note Cordonnier) ; Paris, 24 février 1940 (*J.P.C.*, 1940-1487) ; Paris, 14 février 1942 (*Journ. Soc.*, 1942-313) ; un arrêt de la même Cour, en date du 28 juillet 1949, a décidé de même que la résolution prise par l'assemblée générale d'une masse d'obligataires qui comporte abandon de la clause contractuelle de paiement des intérêts en francs-or et implique une réduction importante desdits intérêts, ne rentre pas dans les cas limitativement énumérés par les articles 19 et 20 du décret-loi et, par suite, ne peut être homologuée (*Rev. Soc.*, 1950, 33) ; v. de même : Hureau (*Journ. Soc.*, 1948, pp. 151 sp.) et H. Lecompte (*Journ. Soc.*, 1949, p. 92).

2. V. *Supra*, n° 61.

pas les seuls titres qui peuvent exister dans une société à responsabilité limitée. Aucun article de la loi du 7 mars 1925 n'interdit l'existence d'autres titres. Leur coexistence avec les parts sociales proprement dites sera possible, dès l'instant que ces titres ne serviront pas à réaliser une spéculation, c'est-à-dire qu'ils n'auront pas été émis par la société pour son propre compte, par voie d'appel au public et sous la forme de valeurs mobilières négociables. Les observations que nous avons formulées au sujet des obligations de la société anonyme qui se transforme en une société à responsabilité limitée conservent leur valeur en ce qui concerne les parts de fondateur. A condition que le titre ne soit pas négociable et que sa cessibilité évolue dans les limites de l'article 1690 du Code civil, il peut voisiner avec les parts sociales.

Mais ce changement de régime du titre, dont la libre négociabilité fait place à la cessibilité restreinte de l'article 1690 du Code civil, ne va-t-il pas avoir une répercussion profonde sur la nature juridique de la part de fondateur en la transformant en un titre d'essence différente ? En bref, il s'agit de savoir si la négociation en bourse est de l'essence de la part de fondateur. Nous ne le pensons pas [1]. La part de fondateur confère à son titulaire un droit qui est normalement l'attribution d'une part dans les bénéfices sociaux. Conférer à un associé ou à un tiers un droit personnel sur les bénéfices annuels de la société à responsabilité limitée ou sur les bonis de liquidation, est indubitablement licite, à la condition que les titres qui constatent ce droit personnel ne soient pas négociables. Leur cession devra s'opérer conformément aux formalités de l'article 1690 du Code civil [2]. La part de fondateur ne change donc pas de nature juridique, mais simplement de régime, et l'article 7 de la loi de 1929, prévoyant que l'assemblée générale des porteurs de parts peut consentir à « toutes modifications dans le régime des parts, dans leur forme, dans la durée et le montant de leurs droits aux bénéfices et dans le mode de calcul de ces droits », sa compétence en la matière ne fait aucun doute. Dans le cas où les porteurs seraient groupés en société civile et où les statuts seraient muets, l'unanimité de leurs voix serait nécessaire pour accepter cette transformation de leurs titres.

C. — Conclusion.

63. — Que conclure sur le consentement des obligataires et des porteurs de parts bénéficiaires à la transformation de leur société ?

Les difficultés que nous venons d'analyser sont sinon insolubles, du moins fort gênantes pour une société anonyme qui veut se transformer

---

1. V. *contra* : Pic et Baratin, n° 273.

2. V. sur ce point : Lepargneur, p. 367 ; Pic et Baratin, n°s 272-273 ; Houpin et Bosvieux, *Traité des sociétés*, 6e éd., 1573 ; H. Lecompte, *Journ. Soc.*, 1949, p. 95.

en société à responsabilité limitée. Il en va ainsi dans le cas où la société, pour des raisons de trésorerie, ne peut effectuer le rachat des obligations ou des parts de fondateur, ou bien lorsqu'elle ne peut pas réunir les consentements des intéressés. Pour tenter de résoudre ces difficultés, un auteur [1] a proposé une solution d'équité à laquelle nous souscrivons. Elle consisterait, de la part de la société qui va se transformer, à laisser aux porteurs de parts une option entre les divers modes de règlement de leurs droits envisagés ci-dessus.

Toutefois, nous ne pensons pas qu'en pratique, l'existence de parts de fondateur ou d'obligations dans la société qui se transforme puisse donner lieu à des difficultés insolubles. Il ne faut jamais oublier que l'opération de transformation est effectuée, en fait, la plupart du temps, par de petites sociétés. Or, dans les petites entreprises, l'émission d'obligations est rare, et les parts de fondateur, s'il en existe, sont détenues par des associés qui cumulent la possession d'actions et de parts bénéficiaires. On conçoit, dès lors, que le consentement des porteurs de parts risque fort de se trouver influencé par cette unité de possession. Et si le nombre des actionnaires, en même temps porteurs de parts, n'est pas capable de constituer directement le quorum et la majorité prévus par l'article 6 de la loi de 1929, le dernier alinéa de cet article précisant bien que « la société n'a pas le droit de voter avec les titres dont elle est propriétaire ou qui sont en sa possession pour une raison quelconque », il faut observer que le nombre des parts détenues par les associés viendra en déduction, pour le calcul de ce quorum et de cette majorité, du nombre total des parts bénéficiaires existant dans la société. Les consentements seront d'autant plus faciles à obtenir qu'il y aura moins de porteurs admis à voter.

SECTION III

CONSENTEMENTS EXIGES DANS LES SOCIETES A RESPONSABILITE LIMITEE

64. — L'unique condition imposée par l'abandon de la forme « à responsabilité limitée » se ramène, là également, à une question de consentements. Quels sont les associés qui vont décider de la transformation ? De quelle manière s'y prendront-ils ?

Ces questions, à première vue, semblent faciles à résoudre. La transformation est en effet une modification des statuts. Aucun auteur ne contredirait cette affirmation, tout au moins en ce qui concerne la transformation d'une société à responsabilité limitée en société par

1. H. LECOMPTE, *Journ. Soc.*, 1949, p. 97.

actions, une opération de ce genre étant prévue expressément par l'article 41 *in fine* de la loi du 7 mars 1925 [1]. Mais, dans le système que nous soutenons, le simple changement de forme d'une société, prévu ou non par la loi, s'analyse toujours en une modification des statuts [2]. La conversion de forme d'une société à responsabilité limitée en société de personnes ou en société par actions apparaît donc comme une modification statutaire. Dès lors, le problème du consentement des associés à la transformation est résolu par la réponse à la question suivante : à quelles conditions de quorum et de majorité peut-on modifier les statuts d'une société à responsabilité limitée ? L'article 31 de la loi du 7 mars 1925 fournit cette réponse :

> Les associés ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société. Toutes autres modifications dans les statuts, sauf stipulation contraire, sont décidées à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social. Toutefois, dans aucun cas, la majorité ne peut obliger un des associés à augmenter sa part sociale.

Mais la réserve introduite par la dernière phrase de ce texte (« toutefois, dans aucun cas, la majorité ne peut obliger un des associés à augmenter sa part sociale ») appelle des précisions. Que faut-il entendre par « augmentation de la part sociale »? Puisque la majorité des associés ne peut pas obliger un associé à augmenter sa part sociale, l'unanimité aura-t-elle ce pouvoir ?

Le législateur de 1925, en insérant dans l'article 31 de la loi la formule : « augmenter sa part sociale », s'est incontestablement inspiré de l'article 31 (réd. L. 1er mai 1930) de la loi du 24 juillet 1867 qui interdit à l'assemblée générale d' « augmenter les engagements des actionnaires ». Il convient donc, par analogie, d'utiliser l'interprétation donnée à ce dernier texte [3].

C'est à la règle de l'unanimité qu'il faut recourir pour prendre la décision qui aura pour effet d'augmenter la part sociale de l'un des associés. C'est la solution que donne expressément l'article 31 de la loi de 1867 pour la société par actions. Mais, outre cet argument d'analogie, les principes qui gouvernent la société à responsabilité limitée militent également en faveur de cette solution. En effet, la société à responsabilité limitée repose sur un contrat. Si tous les contractants s'unissent pour modifier ce contrat, la modification est parfaitement valable, par application de l'article 1134 du Code civil.

---

1. V. *Supra*, n° 24.
2. V. *infra*, n° 86.
3. V. sur ce point : *Bull. Soc. Et. Lég.*, 1921, p. 124. C'est d'ailleurs l'interprétation de MM. Houpin et Bosvieux, dès le lendemain de la loi de 1925 : *Tr. des Soc.*, 5e éd., II, n° 992.

Ces deux remarques préliminaires étant posées, il nous faut maintenant rechercher si la part sociale de l'associé est « augmentée » lorsque la société à responsabilité limitée dont il fait partie se transforme en une société de personnes ou en une société par actions. Selon les résultats de cette recherche, il sera aisé de savoir si une transformation de cette sorte postule de la part des associés un consentement unanime ou simplement majoritaire.

Le régime très différent des sociétés de personnes et des sociétés par actions conduit à examiner séparément ces deux types de transformation.

§ 1. — Transformation de la société a responsabilité limitée en sociétés de personnes.

65. — Au changement de forme de la société va correspondre un changement corrélatif dans la situation de l'associé.

Il possédait dans la société à responsabilité limitée un titre cessible sous certaines conditions. Il lui sera remis en échange une part d'intérêt absolument incessible. Sa responsabilité, d'autre part, limitée à sa part sociale dans la société à responsabilité limitée, va céder la place à une responsabilité solidaire et indéfinie.

Ces bouleversements profonds, tant dans la situation du titre que dans la situation personnelle de l'actionnaire, ne sont-ils pas constitutifs de l'augmentation de la part sociale que vise l'article 31 de la loi de 1925 ?

A. — Atteinte à la libre cessibilité du titre.

66. — Dans la société à responsabilité limitée, la situation du titre est plus libérale que celle de la part d'intérêt des sociétés de personnes. Cette différence se retrouve dans les cessions entre associés et dans les cessions aux tiers.

67. — *Cessions entre associés.* — L'article 22 de la loi du 7 mars 1925 est ainsi rédigé :

> Les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital.

Du texte de l'article 22, il résulte, par un raisonnement *a contrario*, qu'à moins de dispositions contraires des statuts, un associé peut librement céder sa part ou ses parts à un autre, sans que l'ensemble

des coassociés puisse s'y opposer [1]. Cette cession, qui ne modifie pas la composition de la société, a seulement pour effet une répartition différente du capital social. Au contraire, une telle cession est impossible dans les sociétés de personnes, car elle aurait pour effet, si elle était totale, de faire sortir un associé de la société, contrairement au pacte social. L'article 1861 du Code civil ne vise que l'hypothèse des droits sociaux cédés à une « tierce personne », ne faisant pas encore partie de la société. On ne saurait donc invoquer cet article pour conditionner la cession totale des parts d'un associé à l'un de ses coassociés. Le consentement unanime de tous les associés est nécessaire en cette hypothèse, car cette cession totale s'analyse en un acte grave qui modifie d'une manière appréciable le cercle des associés.

Sans doute, écrit M. Cordonnier [2], la cession entre associés est un acte bien moins grave que celle opérée au profit d'un tiers, puisque nul étranger ne pénètre dans la société. Mais, parce qu'elle est totale, cette cession fait disparaître du corps social l'un de ses membres, dont la présence a pu être la cause déterminante de l'apport des autres associés, lesquels comptaient sur ses qualités, son expérience, ou sa surface financière. Si, par exemple, l'associé cédant avait une fortune importante et jouissait d'un crédit indiscuté, son départ peut compromettre l'avenir de l'entreprise, ne serait-ce que par la difficulté d'obtenir désormais des avances bancaires... Strictement, l'*intuitus personae* qui imprègne la société en nom collectif postule l'existence d'une barrière aussi bien pour la sortie du groupe que pour l'accession au groupe. La preuve en est que, dans les sociétés où la considération des personnes joue un rôle prépondérant, la mort d'un associé, d'après la loi (art. 1865-3° C. civ.), entraîne, sauf disposition contraire des statuts, dissolution de la société. Et il en est également ainsi, dans une certaine opinion [3], de la retraite d'un associé qui aboutit au même résultat. En tout cas, et par application du droit commun, suivant lequel un contractant ne peut se soustraire au lien du contrat par sa seule volonté (art. 1134 C. civ.), un associé en nom ne saurait se retirer de la société — or, tel est bien le résultat de la cession totale de ses parts — sans le consentement de tous ses associés [4].

68. — *Cession aux tiers.* — Il faut se garder toutefois de croire que le régime de cession des parts d'une société à responsabilité limitée est placé sous le signe d'une liberté absolue.

La cession des parts sociales aux tiers obéit aux conditions rigoureuses prévues par l'article précité de la loi du 7 mars 1925. Il faut,

---

1. V. sur ce point : Lepargneur, « La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée », *Journ. Soc.*, 1925, p. 323, n° 22. *Adde :* Briguet-Lamarre, *Les clauses de cessibilité des droits sociaux*, thèse Bordeaux, 1948, p. 126.

2. Cordonnier, « De la cessibilité, entre associés, des parts d'intérêt d'une société en nom collectif », *Journ. Soc.*, 1946, pp. 5 *sq.* V. particulièrement p. 8, n° 4.

3. Lacour, *Journ. Soc.*, 1913, pp. 193 *sq.* ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, 3e éd., t. II, n° 346. *Contra :* Houpin et Bosvieux, *Tr. des Soc.*, 7e éd., t. I, nos 224 et 226.

4. Lacour, Lyon-Caen et Renault, Houpin et Bosvieux, *loc. cit.*

en effet, dans ce cas, la double majorité exigée pour les décisions extraordinaires par l'article 31 de la même loi : majorité en nombre (majorité des associés) et majorité en capital (au moins les trois quarts du capital social).

Il se peut, tout d'abord, qu'il existe une clause des statuts imposant le consentement de l'unanimité des membres de la société pour la validité de la cession des parts par un associé à un tiers étranger au cercle des associés. Plus ses coassociés seront nombreux et plus il sera difficile à l'associé qui veut vendre de se débarrasser de ses titres.

Même si aucune clause statutaire n'existe en ce sens, le jeu des conditions mêmes de l'article 22 aura la plupart du temps pour effet de rendre l'associé prisonnier de sa part sociale.

Si, en effet, ce vendeur est minoritaire, il se heurte à la loi de la majorité des trois quarts du capital. Est-il majoritaire ? Possède-t-il à lui seul les trois quarts du capital social? Il n'en pourra pas forcément pour autant effectuer la cession envisagée, car il lui faut également réunir la majorité en nombre, et ses associés, ne seraient-ils que deux, peuvent, par leur refus, l'empêcher de vendre ses parts sociales [1].

Lorsque l'associé d'une société à responsabilité limitée se heurte, pour céder ses parts à un tiers, à la double majorité de l'article 22 et qu'il n'existe par ailleurs aucune clause de préemption au profit des associés [2], il semble donc que la part sociale, dans ce cas, se trouve frappée d'une incessibilité absolue qui amène sa situation au niveau de la part d'intérêt des sociétés de personnes. Mais la similitude n'est qu'apparente. L'incessibilité de la part des sociétés de personnes est de l'essence même du titre. De son vivant, aucune clause ne peut permettre à un associé de se débarrasser librement de sa part au profit d'un tiers [3]. Au contraire, l'associé de la société à responsabilité limi-

---

1. V. PEYTEL, « A propos de la cession des parts dans les sociétés à responsabilité limitée », *Gaz. Pal.*, 1951-1-Dp. 3.

2. Parfois existent des clauses restrictives qui prévoient au profit des associés un droit de préemption. Parfois également, les associés préviennent, par des clauses spéciales, le rachat par l'un d'entre eux d'un nombre de parts trop considérable. V. sur ce point : BRIGUET-LAMARRE, thèse précitée, p. 126. Les auteurs qui rangent la société à responsabilité limitée dans le groupe des sociétés de personnes préconisent ces clauses restrictives qui permettent aux associés de contrôler la répartition des droits sociaux entre eux. Ils voient dans ces clauses le moyen d'accentuer le caractère d'*intuitus personae* qui existe déjà dans ces sociétés et, par là même, de rapprocher la société à responsabilité limitée actuelle de l'esprit dans lequel a été rédigée la loi du 7 mars 1925. V. sur ce point : BERESNIKOFF, *De la mesure dans laquelle les dispositions législatives sur les S.A.R.L. sont d'ordre public*, thèse Paris, 1931, p. 112. Ce droit de préemption, comme le droit d'agrément, subsiste même lorsque la cession des parts intervient en cours de liquidation : Cass. com., 15 novembre 1950, *J.C.P.*, 1951-J-6146, et note D. BASTIAN.

3. Sur la validité des clauses de continuation de la société au cas de décès d'un associé, soit entre les seuls associés survivants, soit au profit d'un ou de plusieurs héritiers, v. RIPERT, *Tr. élémentaire de droit com.*, 2e éd., nos 745 *sq.* et les références citées.

tée, qui se heurte à une opposition injustifiée de la part de ses coassociés en ce qui concerne la cession de sa part sociale à un tiers, peut se défendre. Lorsqu'il n'existe aucune cause légitime de refus, l'associé peut provoquer la dissolution de la société en notifiant sa renonciation à tous ses associés. C'est l'exutoire que prévoit l'article 1869 du Code civil, « pourvu, précise ce texte, que cette renonciation soit de bonne foi et non faite à contretemps ». Dans une espèce où une clause des statuts s'opposait pourtant à l'applicabilité éventuelle de cet article, la Cour de Paris, dans un arrêt du 9 décembre 1932 [1], n'a pas hésité à constater néanmoins la dissolution de la société, affirmant ainsi le caractère d'ordre public de l'article 1869 du Code civil [2].

Nous pouvons donc affirmer que les atteintes que peut subir la part sociale de la société à responsabilité limitée quant à sa cessibilité ne vont jamais jusqu'à pétrifier ce titre et à le bloquer sans issue aux mains de son titulaire, comme dans les sociétés de personnes.

69. — *La part sociale est-elle augmentée ?* — Nous nous sommes posés une question d'ordre analogue à l'occasion de la transformation d'une société par actions en société à responsabilité limitée [3]. Nous avons constaté, tout d'abord, que la nature juridique du titre qualifié action ne subit pas d'altération essentielle en se transformant en part sociale de société à responsabilité limitée, sa cessibilité étant simplement entravée, mais ne disparaissant pas. Les engagements des actionnaires ne sont donc pas augmentés dans ce cas, au sens où l'entend l'article 31 de la loi de 1867. Après cette constatation, nous avons fait état de deux arrêts de la Cour de cassation du 9 février 1937 [4] qui ont défini l'augmentation des engagements des actionnaires comme

---

1. *D.*, 1934-2-29. Cet arrêt a été confirmé par la Chambre des requêtes, le 9 mars 1936 (*Rev. Soc.*, 1936, 246; *D.H.*, 1936, 283). *Adde:* Cour d'Hanoï, 27 mars 1936 (*Journ. Soc.*, 1938, 42). Certains auteurs ont pris une position radicale de dénégation quant à l'application de l'article 1869 C. civ. à la société à responsabilité limitée: ainsi MM. Copper-Royer, sous Req., 9 mars 1936 (*Rev. Soc.*, 1937, 130); Auger (*Rev. Soc.*, 1927, 132) et Rousseau, note sous Trib. com. Rochefort-sur-Mer, 8 juillet 1932 (*S.*, 1933-2-85).

2. La doctrine reconnaît, en général, à l'associé, le droit de mettre fin au pacte social en invoquant l'article 1869 C. civ. V. Pic et Baratin, *Traité des sociétés à responsabilité limitée*, n° 398; Houpin et Bosvieux, *Traité des sociétés*, 7e éd., t. II, n° 1618; Peytel, article précité, *Gaz. Pal.*, 1951-1-D, p. 4, n° IX; Prouvost, *Essai de solution des questions controversées concernant le régime juridique actuel de la société à responsabilité limitée*, thèse Lille, 1946, nos 158 et 172. Le Tribunal de commerce de Valenciennes, le 5 septembre 1950 (*Gaz. Pal.*, 1950-2-380), réserve le recours à l'article 1869 au cas où une « mauvaise volonté obstinée des autres associés » empêche le membre de la société à responsabilité limitée de céder ses parts. Ce jugement en refuse l'application lorsque la cession est simplement « ralentie ou entravée ». A ce jugement et à son appréciation nuancée se rattache l'opinion de MM. Drouets (*Drouets*, n° 450) et Piot (*Traité des S.A.R.L.*, 2e éd., n° 78).

3. V. *Supra*, n° 44.

4. *D.P.*, 1937-1-73, note Besson.

une « aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou envers les tiers » et qui ont nettement indiqué que « la réglementation du droit de préemption et les restrictions apportées à la cessibilité des actions, si elles peuvent constituer une diminution des droits des actionnaires, ne constituent cependant pas une augmentation de leurs engagements ».

L'article 31 de la loi du 7 mars 1925 étant une réédition de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, va-t-on, par analogie, étendre purement et simplement à la société à responsabilité limitée les solutions que la jurisprudence a données pour la société par actions ? Nous le pensons, sauf à apporter certaines précisions, la situation n'étant pas rigoureusement identique dans les deux hypothèses.

Toute la jurisprudence sur les clauses d'agrément et de préemption, en matière de cession d'actions, révèle bien les limites que ces clauses ne doivent pas transgresser, sous peine de faire perdre à l'action sa nature juridique. La jurisprudence n'admet la clause d'agrément que si elle est combinée avec une clause de préemption. La clause d'agrément pur et simple apparaît comme une clause de *veto* et la jurisprudence la condamne. Dans ce cas, il s'agirait non plus d'une atteinte à la cessibilité du titre, mais d'une suppression de cette cessibilité. Ce ne serait plus une « augmentation des droits des actionnaires », au sens de l'arrêt du 9 février 1937, mais une *suppression* de ces droits.

Dès lors, les engagements des actionnaires seraient augmentés. C'est la solution qu'imposent, par argument *a contrario,* les termes mêmes de la décision du 9 février 1937. C'est également la position prise par la Cour de cassation, le 2 janvier 1924 [1].

La cessibilité de l'action n'étant qu'entravée et ne disparaissant pas au cas où ce titre, par suite d'une transformation de la société elle-même, est converti en part sociale, nous avons pu en conclure que la transformation du titre n'emportait pas nécessairement une augmentation des engagements des actionnaires et que la transformation de la société elle-même pouvait dès lors être décidée par une assemblée générale et non à l'unanimité.

Mais, en ce qui concerne la transformation d'une société à responsabilité limitée en société de personnes, les données du problème sont différentes et, en un sens, simplifiées. La situation des parts, dans ces deux types de sociétés, est en effet radicalement dissemblable. La part sociale de la société à responsabilité limitée est cessible entre associés, cessible aux tiers sous certaines conditions. La part d'intérêt des sociétés de personnes, au contraire, est frappée d'une incessibilité absolue. Le droit de l'associé à céder son titre ne diminue pas. Il fait plus. Il disparaît. N'y a-t-il pas là une augmentation de l'engagement de

1. Cass. req., 2 janvier 1924, *Rev. Soc.*, 1925, 72, et *Journ. Soc.*, 1925, 83, note Bosvieux.

l'associé ? La parenté des articles 31 des lois de 1925 et 1867 conduit tout naturellement à appliquer, par extension, à la société à responsabilité limitée, la position prise par la jurisprudence lorsqu'il s'agit d'une société par actions.

On peut faire valoir contre notre système d'interprétation un argument exégétique en lui opposant les termes mêmes de l'article 31 de la loi de 1925 qui vise l' « augmentation de la part sociale » et non l' « augmentation des engagements des actionnaires ». Si le raisonnement d'analogie que nous venons de développer n'emporte pas la conviction, il suffit d'observer, d'autre part, pour parvenir à une conclusion analogue, les différences que la possession d'une part sociale et d'une part d'intérêt provoque dans la situation personnelle de l'associé.

B. — Aggravation de la situation personnelle de l'associé.

70. — La responsabilité solidaire qui pèse sur l'associé, au cas de surévaluation des apports en nature faits à la société à responsabilité limitée (art. 8 L. 7 mars 1925) est une menace sérieuse qui ébranle sa situation personnelle. Mais nous savons, d'une part, que cette responsabilité n'existe que lorsqu'il y a des apports et que ces apports ont été évalués frauduleusement, et d'autre part qu'il est facile d'écarter la mise en jeu éventuelle de cette responsabilité en recourant à l'office d'un expert [1]. Dans les sociétés de personnes, à l'inverse, la responsabilité personnelle et solidaire de l'associé joue à tout instant.

Désormais, à la suite de la transformation de la société à responsabilité limitée en société de personnes et à la suite de la transformation corrélative de ses parts sociales, l'associé va avoir une responsabilité illimitée. Il va garantir ses propres dettes et celles de ses coassociés, sur son propre patrimoine, bien au delà de la valeur de sa part d'intérêt. Cette aggravation de la situation personnelle de l'associé représente bien, en définitive, l' « augmentation de la part sociale » de l'article 31 de la loi de 1925. La dette de l'associé est aggravée. Il serait difficile de nier le lien étroit qui existe entre la possession du titre et la situation que cette possession confère.

C. — Conclusion.

71. — Lorsqu'une société à responsabilité limitée se transforme en société de personnes, ce changement de forme entraîne des bouleversements profonds dans le régime des parts et dans la situation des associés.

Leur responsabilité, limitée à leur mise à l'origine, va s'effacer devant la responsabilité illimitée et solidaire que va entraîner la possession

1. V. *Supra*, n° 50.

d'une part d'intérêt. La transformation de la société à responsabilité limitée entraîne donc bien une « augmentation de la part sociale » et exige, en conséquence, le consentement de l'unanimité des associés, la majorité étant impuissante dans ce cas (art. 31 *in fine* L. 7 mars 1925) [1].

§ 2. — Transformation de la société a responsabilité limitée en société par actions.

72. — Une transformation de ce type n'entraîne pas d' « augmentation de la part sociale », au sens de l'article 31 de la loi de 1925. Il est très facile d'en faire la démonstration.

Si l'on considère la part sociale, il est aisé d'observer que la situation de celle-ci, loin de s'aggraver, a plutôt tendance à s'améliorer. L'associé possédait une part cessible aux étrangers aux conditions rigoureuses de l'article 22 de la loi du 7 mars 1925. Il ne pouvait la négocier. Dans la société anonyme, son titre devient cessible et négociable [2].

Si l'on considère la situation personnelle de l'associé, l'amélioration est également sensible. Solidairement responsable dans l'hypothèse d'une surévaluation des apports en nature, sa responsabilité disparaît dans la société anonyme où elle se cantonne au montant de la mise.

Par conséquent, la décision de transformation de la société à responsabilité limitée en société par actions s'insère bien dans le cadre des opérations que l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 permet aux associés de réaliser, à la majorité des trois quarts du capital social.

SECTION IV

DROIT COMPARE

73. — Les différents types de sociétés que connaît le Droit allemand correspondent exactement aux nôtres. Si la doctrine française ne sait comment définir la société à responsabilité limitée et, renonçant à la classer dans le groupe des sociétés de personnes ou dans celui des sociétés de capitaux, préfère y voir un type hybride, le Droit allemand est plus rigoureux. Il ne connaît que deux catégories de sociétés : les *Personalgesellschaften* (qui comprennent la *offene Handelsgesellschaft* ou société en nom collectif et la *Kommanditgesellschaft*

---

1. V. en ce sens : Lepargneur, « La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée », *Journ. Soc.*, 1925, n° 29, p. 343.

2. Sous réserve, bien entendu, des clauses d'agrément et de préemption par lesquelles le conseil d'administration se réserve parfois, dans de petites sociétés anonymes, le droit d'entraver la cessibilité du titre.

ou société en commandite simple)[1], et les *Kapitalgesellschaften* (qui comprennent la *Aktiengesellschaft*[2], ou société anonyme, la *Kommanditgesellschaft auf Aktien*[3] ou commandite par actions, et la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*[4] qui correspond très exactement à notre société à responsabilité limitée).

Les consentements des associés d'une *Personalgesellschaft* à la conversion de leur société en une société d'une autre forme ne soulèvent pas de problèmes intéressants. Le principe qui domine la matière, comme en Droit français, est la règle de l'unanimité. Par contre, la loi du 5 juillet 1934, et les décrets qui l'ont suivie, ont prévu un système original quant aux consentements que doit requérir une *Kapitalgesellschaft* qui décide de se convertir en société de personnes. D'après la loi de 1934 (*Unwandlungsgesetz* ou *Umw. Ges.*), une telle opération n'était possible que lorsque tous les associés étaient d'accord et prêts à faire partie de la société de personnes envisagée.

La *Umw. Ges.* procéda de cette idée que l'on ne pouvait imposer à un associé une société à responsabilité illimitée, à la place d'une responsabilité limitée. Elle exigea en conséquence que tous les associés participassent à la transformation[5].

L'application de la loi révéla cependant la nécessité de modifier ce point de vue parce que ce texte, en cet état, n'était pas toujours au service des nécessités pratiques.

Souvent, la transformation échouait, bien que personne n'eût risqué de subir un préjudice[6].

Le troisième décret d'application de la loi (*dritte Durchführungsverordnung* ou *DVO*) en date du 2 décembre 1936, combla cette lacune de la *Umw. Ges.* Le paragraphe 4 de ce décret prévoit en effet la possibilité d'effectuer une transformation par une décision majoritaire (*durch Merheitsbeschluss*) :

L'assemblée générale d'une société par actions peut décider en même temps et la création d'une société en nom collectif dont ne feront partie que les actionnaires qui auront participé au vote et la transmission du patrimoine de la société par actions à la société en nom collectif. Les prescriptions sur la transformation, en ce qui concerne la création simultanée d'une société en

---

1. Ces deux sociétés sont réglementées par le Code de commerce allemand (H.G.B.), respectivement : §§ 105 ff. et §§ 161 ff.
2. H.G.B. §§ 178 ff.
3. H.G.B., §§ 320 ff.
4. Créée par une loi d'Empire du 20 avril 1892 mod. L. 29 mai 1898.
5. Herbig, *in Deutsche Notar-Zeitschrift*, 35 Jahrgang Nr. 3, 1935, a.a., O. Seite 159.
6. Herbig, *Das Recht der Umwandlung von Kapitalgesellschaften*, a.a., O. Seite 15.

nom collectif dont font partie tous les actionnaires, continueront à s'appliquer dans la mesure où elles ne seront pas contredites par les dispositions du présent décret.

Par cette faculté d'opérer une transformation par décision majoritaire, il semble à première vue que soit devenue caduque la transformation proprement dite de la loi de 1934, d'après laquelle le vote et la participation de tous les associés était nécessaire, ou bien le vote de la société en nom collectif ou en commandite ou le vote de l'associé qui détenait seul en main la totalité des parts de la société de capitaux. Mais ce n'est pas ce qu'a voulu et réalisé le *DVO* du 2 décembre 1936. Les deux hypothèses subsistent, indépendantes, et ont, l'une comme l'autre, leur valeur.

L'avantage des nouvelles dispositions ne consiste pas seulement en ce que l'on peut négliger les minorités inconnues et introuvables, mais aussi en ce qu'il offre la possibilité d'effectuer une transformation, « sans qu'on ait à s'occuper de savoir si d'autres associés s'opposent ou approuvent la transformation » [1]. Cette disposition permet de réaliser cette opération à l'encontre d'une minorité considérable. Mais on ne saurait pour autant demander à l'actionnaire d'une société par actions de devenir contre son gré membre d'une société en nom collectif.

La loi de la majorité ne peut avoir pour effet que d'éliminer de la société les associés minoritaires, non d'ailleurs sans qu'ils aient été convenablement désintéressés [2].

La possibilité de cette exclusion est formellement consacrée par le paragraphe 6 du 3e *DVO* qui s'exprime en ces termes :

Les actionnaires qui ne participeront pas à la société en nom collectif sont fondés à réclamer un juste règlement, sur la base de la valeur de leur action... Ce droit se prescrit par cinq ans à partir de la publication de l'enregistrement de la décision de transformation.

Le terme de « *Umwandlung von Kapitalgesellschaften durch Mehrheitsbeschluss* » (transformation de sociétés de capitaux par décision majoritaire) recouvre deux situations différentes qu'il importe de distinguer. Tout d'abord, la transformation des sociétés de capitaux par transmission du patrimoine à une société de personnes déjà existante ou à un principal associé. Les Allemands appellent cette hypothèse : *die verschmelzende Umwandlung* (ou transformation-fusion) [3].

1. § 8 Abs. 2, *Dritte Umw. Ges. D.V.O.*
2. Herbig, a. a. O. Seite 15 Vergl. auch Bottcher-Meilicke a. a. O. Seite 15.
3. La nature juridique de la fusion et de la transformation, en Droit français, exclut cette coexistence. La transformation et Droit français, est une *errichtende Umwandlung*. V. *infra*, n° 84 sq.

La transformation des sociétés de capitaux par décision majoritaire peut encore servir à qualifier la transformation d'une société de capitaux par création simultanée d'une société de personnes. Il s'agit alors de la *errichtende Umwandlung* (ou transformation créatrice). Alors que la *verschmelzende Umwandlung* n'était permise jusqu'alors que dans le cas où la société de personnes déjà existante où l'associé principal possédait au moins les neuf dixièmes du capital de la société, le paragraphe 8 de la *DVO* de 1936 permet la transformation lorsque plus des trois quarts du capital se trouvent entre les mains de l'associé principal de la société en nom collectif ou de la commandite simple.

Dans les paragraphes 9 et 10, la *Umw. Ges.* de 1934 exigeait que tous les associés de la société de capitaux fissent partie de la société de personnes. Elle exigeait en même temps leur participation effective à la résolution de transformation. D'après le paragraphe 5 de la *DVO* de 1936, la transformation d'une société de capitaux par création simultanée d'une société de personnes (*die errichtende Umw.*), pour être valable, doit évoluer entre une double majorité. Tout d'abord, une majorité absolue (*absolut qualifizierte Mehrheit*) qui postule le chiffre des neuf dixièmes du capital social, sans qu'il y ait lieu de chercher à savoir si ce chiffre a été obtenu par la participation de tous les associés à la décision de transformation. En second lieu, une majorité relative (*relativ qualifizierte Mehrheit*)[1] : la décision elle-même doit réunir les trois quarts du capital représenté.

1. Bottcher-Meilicke, a. a. O. Seite, 158-159.

CHAPITRE III

SANCTION DU DÉFAUT DES CONSENTEMENTS NÉCESSAIRES POUR RÉALISER L'OPÉRATION DE TRANSFORMATION.

74. — L'inobservation des conditions imposées par la loi au sujet du consentement que requiert le changement de forme d'une société est sanctionnée par la nullité. Le résultat de cette sanction n'atteint que l'opération de transformation elle-même et laisse subsister la société primitive. C'est, en effet, la délibération seule qui est entachée de nullité et les choses reviennent à leur état antérieur. Cette nullité est-elle irréparable ?

On voit mal comment la nullité résultant du défaut d'obtention des consentements nécessaires pourrait être couverte par une ratification postérieure, l'opération de vote étant indivisible et instantanée. Il en résulte que le vice ne peut être couvert et, pour assurer la validité du changement de forme, il serait nécessaire, selon nous, de reprendre intégralement le vote et la délibération modificative des statuts.

Par contre, il est bien certain que le vice peut être prescrit. Si l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867 (réd. D.-L. 30 octobre 1935) sur les sociétés par actions et l'article 10 de la loi du 7 mars 1925 (réd. D.-L. 30 octobre 1935) sur les sociétés à responsabilité limitée, ne se réfèrent pas, en termes exprès, aux consentements nécessaires pour réaliser les délibérations sociales, on ne voit pas pour quelle raison la prescription quinquennale qu'ils édictent ne s'appliquerait pas à la matière des consentements.

L'annulation de la délibération irrégulière pourrait être demandée par un créancier. Mais elle le sera, en général, par un associé qui, non partisan de la transformation, a voté contre et qui voit dans l'annulation de la transformation le moyen de revenir à la situation antérieure. Les associés qui ont effectué la transformation dans ces conditions seront responsables du préjudice résultant de l'annulation de la transformation envers les autres associés. Mais ceux-ci n'auront, en fait, subi aucun préjudice du fait de ce retour en arrière, puisque le maintien de la forme première était conforme à leur désir [1].

---

1. Voir en ce sens: *Les sociétés commerciales*, 1950, t. I, par Escarra et Rault, n° 450 *in fine*.

V. également nos observations fournies sur les nullités en matière de transformations de sociétés : *infra*, n° 144 sq.

TITRE II

ADOPTION DE LA FORME NOUVELLE

... Or, la vie est une évolution. Nous concentrons une période de cette évolution en une vue stable que nous appelons une forme, et, quand le changement est devenu assez considérable pour vaincre l'heureuse inertie de notre perception, nous disons que le corps a changé de forme. Mais, en réalité, le corps change de forme à tout instant. Ou plutôt il n'y a pas de forme, puisque la forme est de l'immobile et que la réalité est mouvement. Ce qui est réel, c'est le changement continuel de forme : la forme n'est qu'un instantané pris sur une transition. Donc, ici encore, notre perception s'arrange pour solidifier en images discontinues la continuité fluide du réel. Quand les images successives ne diffèrent pas trop les unes des autres, nous les considérons toutes comme l'accroissement et la diminution d'une seule image moyenne, ou comme la déformation de cette image dans des sens différents. Et c'est à cette moyenne que nous pensons quand nous parlons de l'essence d'une chose, ou de la chose même.

Henri BERGSON, *L'Evolution créatrice.*

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE

L'ADOPTION D'UNE FORME NOUVELLE IMPLIQUE-T-ELLE LA CREATION D'UN ETRE MORAL NOUVEAU ?

SYNTHÈSE DU PROBLÈME. — ESQUISSE D'UNE THÉORIE.

« Qui excussit spicas non novam speciem fecit. »

GAIUS [1].

75. — La question de la nature juridique de la transformation d'une société pose des problèmes intéressants, surtout au moment de l'adoption de la forme nouvelle par la société qui se métamorphose. En effet, lorsque la société adopte un type juridique nouveau, de nombreux intérêts, tant civils que fiscaux, font surface.

Le système classique d'explication de la nature juridique de l'opération de transformation que nous avons précédemment exposé [2] est insuffisant. On peut s'étonner à bon droit qu'il n'ait tenu aucun compte pour savoir si la société qui changeait de forme perdait ou non sa personnalité, de la nature juridique de la personnalité morale en général. C'est pourtant là que se trouve la clef du problème. En Droit français, la personnalité morale est reconnue aux sociétés commerciales. Certains textes l'admettent. La jurisprudence n'a jamais hésité. Mais l'accord est loin d'être fait en doctrine sur la vraie nature de cette personnalité. Les théories émises sur son fondement (théorie de la fiction légale, de la réalité, de l'institution) sont peu satisfaisantes. Chacune contient une part de vérité. Mais, valables en soi pour certains types de sociétés, elles ne fournissent pas le critère unitaire qui permettrait seul de faire avancer la question de la nature juridique de la transformation d'une société. Par contre, la jurisprudence tend à voir dans la personnalité morale un procédé technique, une fiction juridique. Cette conception, très large et très souple, affirmée à

1. Fr. 7, § 7, *D. de adquir. rer. dom.*, 41-1.
2. V. *supra*, n° 21 sq.

maintes reprises dans des hypothèses variées, fournit un critère généreux susceptible, par sa généralité même, de s'appliquer à tous les types sociaux. Ce critère unitaire n'est d'ailleurs pas contredit par la possibilité d'une explication plus précise, plus détaillée pour chaque cas concret, c'est-à-dire pour chaque type juridique de société.

L'application de ce critère à la transformation d'une société révèle que cette opération est un acte de simple administration, une modification des statuts, dans tous les cas, et condamne sans appel la notion de novation que les partisans du système classique mettaient en avant lorsque la transformation s'effectue en dehors d'une prévision légale ou statutaire. Cette définition de la transformation permet de distinguer cette opération de phénomènes voisins, avec lesquels une vue superficielle du sujet pourrait inciter à opérer une confusion : fusion et nationalisation.

Les enseignements du Droit comparé montrent que cette conception de la transformation d'une société n'est pas propre au Droit français.

SECTION I

INTERETS DE LA QUESTION

76. — Un auteur a écrit :

> Toute la matière de la transformation des sociétés est dominée par la question de savoir si cette opération emporte la création d'un être moral nouveau, ou si l'ancienne société continue d'exister avec son individualité primitive, et doit seulement être considérée comme ayant subi une simple modification de ses statuts [1].

La question de la nature juridique de l'opération de transformation des sociétés possède plus qu'un simple intérêt de spéculation intellectuelle. Des intérêts pratiques, certains et considérables, tant pour les associés que pour les tiers, s'y rattachent. Si les intérêts civils ont diminué en nombre, depuis la position prise par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 17 juin 1936 [2], ceux qui subsistent sont très importants. Les intérêts fiscaux, en tout cas, même s'ils étaient les seuls, donnent à ce problème une acuité de nature à justifier amplement la nécessité de rechercher si la transformation emporte ou non création d'un être moral nouveau.

77. — *A) Intérêts civils.* — Les auteurs ont longtemps utilisé un syllogisme à l'emporte-pièce : selon que la transformation entraîne ou non création d'un être moral nouveau, toutes les formalités de

1. DROUETS, n° 197.
2. *D.P.*, 1938--1-, note PIC.

constitution du nouveau type seront ou non respectées. Vue bien simpliste qui participe d'une méconnaissance absolue de la nature du problème. Nous verrons que la Jurisprudence récente a adopté une position qui voue à l'inanité cette distinction, puisqu'elle admet (voir l'arrêt de 17 juin 1936) que la plupart des formalités constitutives doivent être reprises à l'occasion du changement de forme pur et simple, en vue d'assurer l'unité de régime juridique du type de société dans l'intérêt des tiers. Mais l'actualité du problème n'a pas disparu. Loin de là.

Son évolution révèle un glissement en faveur du crédit commercial. En effet, la Cour de cassation préfère à l'intérêt égoïste des associés (qui impliquerait qu'ils aient à éviter les frais et la longueur des formalités constitutives au cas où leur société change de forme et adopte un type nouveau) celui des tiers en faveur desquels elle pose en dogme le respect des règles constitutives, que le changement de forme entraîne ou non disparition de l'être moral. En outre, la fiction de pérennité joue encore, au point de vue civil, en faveur des tiers, et il arrive même que les Tribunaux, dans des hypothèses douteuses, affirment que la société n'a pas changé de personnalité, de façon à offrir aux créanciers antérieurs le maximum de sécurité. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu décider, par exemple, que, lorsqu'une société en nom collectif a été transformée en société à responsabilité limitée, la date de la cessation des paiements de la société à responsabilité limitée peut se placer à une époque où la société n'existait pas encore sous cette forme et englober ainsi dans la faillite la société en nom collectif et les membres de cette société [1].

78. — *B) Intérêts fiscaux.* — La jurisprudence civile, dans l'intérêt des tiers, a tendance à décider que le changement de forme, simple modification des statuts, n'entraîne pas disparition de la personnalité morale de la société.

L'intérêt du Droit fiscal est, au contraire, d'analyser la transformation d'une société comme une dissolution suivie de reconstitution, les droits dus en ce cas étant bien supérieurs à ceux dont une simple modification des statuts déclenche l'application [2]. Dans ce cas, en effet, seraient perçus des droits sur la liquidation et des droits distincts sur la constitution de la nouvelle société. Les biens de l'ancienne société apportés à la nouvelle seraient considérés comme des apports et frappés à ce titre. Si l'apport par les anciens associés à la nouvelle société des biens de la société dissoute était fait à charge du passif, il y aurait apport-vente à concurrence de cette charge, ce qui entraîne-

1. Cass. req., 3 novembre 1937 (*Rev. gén. droit com.*, 1938, p. 299, et *S.*, 1938-1-9, note H. Rousseau).

2. V. par exemple : Cass. req., 6 mai 1936 (*Gal. Pal.*, 1936-2-190) et Cass. req., 16 janvier 1939 (*Rev. gén. dr. com.*, 1939, 303).

rait l'exigibilité d'un droit proportionnel de mutation, variable suivant la nature des biens transmis. A l'heure actuelle, la taxe du droit d'apport est de 1,40 % pour l'apport en nature de biens mobiliers ou pour les apports en espèces effectués lors de la constitution d'une société ou à titre d'augmentation de capital. Il est de 4,20 % pour les apports de biens immobiliers [1]. L'intérêt fiscal de la question de la nature juridique de la transformation d'une société apparaît à l'évidence lorsqu'on se souvient que la simple modification statutaire n'est passible que du droit fixe que le décret 51-32 du 9 janvier 1951 a porté à 690 francs.

Quelle est la position du Droit fiscal à l'égard de la transformation d'une société ?

Il y a divergence de vues entre l'administration de l'enregistrement et l'administration des contributions directes.

L'administration de l'enregistrement se rallie à la thèse de la jurisprudence civile. Il n'y a rien d'étonnant à cela car ce sont presque toujours des litiges soulevés par les prétentions de l'enregistrement au moment de l'opération qui ont provoqué la plupart des décisions de jurisprudence sur la matière des transformations. La jurisprudence civile et l'enregistrement ont ainsi, d'un commun accord, adopté le point de vue suivant : prévue par la loi ou les statuts, la transformation d'une société n'emporte pas création d'un être moral nouveau [2].

Mais l'administration des contributions directes raisonne différemment.

M. Eugène Rigal, député et expert-comptable, précisait, dans une réponse ministérielle, que la transformation d'une société à responsabilité limitée en société en nom collectif devait être fiscalement traitée comme une cessation d'entreprise [3]. L'administration des contributions directes a pris une position analogue : toute transformation qui a pour effet de placer la société sous un régime fiscal différent doit s'analyser en principe comme une cessation d'entreprise [4]. L'administration précise longuement son point de vue et l'applique aux transformations d'une société de personnes en société à responsabilité limitée, d'une société à responsabilité limitée en société de personnes, d'une société en commandite simple en société en nom collectif. La seule exception concerne la transformation d'une société en nom collectif en société en commandite simple.

Il importe toutefois de remarquer que la portée exacte de la position de l'administration des contributions directes est incertaine, cette

1. Ces taux sont ceux du décret 51-32 du 9 janvier 1951.
2. V. *supra*, n°s 21 et 24.
3. *J.O.*, 12 mai 1951, A. N., p. 5046, 2e col.
4. *Bulletin officiel des contributions directes*, 1951, n° 10, 11e partie, pp. 375 sq.

administration admettant à certaines conditions que les plus-values, provisions, dotations, réserves de réévaluation et, d'une façon plus générale, les bénéfices en sursis d'imposition, peuvent ne pas être taxés au moment de la transformation [1].

SECTION II

LA DIVERSITE DES TYPES DE SOCIETES MET-ELLE OBSTACLE A L'EXISTENCE D'UN FONDEMENT UNIQUE DE LEUR PERSONNALITE MORALE ?

79. — On peut s'étonner que, nulle part, les auteurs qui se sont occupés du problème de la transformation des sociétés commerciales n'aient tenté, pour le résoudre, de se référer à la notion même de personnalité morale, à son fondement, pour donner plus de solidité aux principes que la jurisprudence a dégagés au hasard des espèces. Comment se fait-il que la volonté du législateur ou celle des fondateurs de la société puisse arbitrairement décider que la transformation de tel type de société en tel autre emportera ou n'emportera pas la disparition de la personnalité de l'ancienne société ? Jamais aucun auteur n'a songé, semble-t-il, à poser cette question sur son terrain.

Le Droit commercial est un droit essentiellement pratique où la doctrine se borne le plus souvent à un rôle d'annotation d'arrêts. Les décisions des tribunaux sont très abondantes en Droit commercial : l'intérêt pécuniaire soulevé dans les affaires commerciales étant souvent considérable, les commerçants, qu'il s'agisse d'individus ou de sociétés, n'hésitent pas à multiplier les procès. Provoqués le plus souvent par des questions que posent les lecteurs de revues spécialisées (*Journal des Sociétés, Revue des Sociétés*), sollicités par des problèmes concrets et très nettement déterminés, les articles et études des auteurs de Droit commercial conservent la plupart du temps l'allure de consultations ou de commentaires de lois [2]. Il est rare de trouver en Droit commercial de ces discussions abstraites et théoriques auxquelles nous ont parfois habitués les philosophes du Droit civil. Il n'y a pas de philosophie du Droit commercial. Les analyses des commercialistes, souvent subtiles et ingénieuses, baignent toujours dans un contexte de réalité. A cet égard, les méthodes du Droit

1. Sur le détail de ce régime extrêmement complexe, v. CARREAU, thèse précitée, nos 320 sq.

2. V. à cet égard l'aveu de LACOUR (*Journ. Soc.*, 1913, p. 121, note 1). De même AUGER, *Rev. Soc.*, juillet 1952, p. 7.

commercial se rapprochent des méthodes du Droit anglais en général, pratique avant tout et peu soucieux des disputes d'école [1].

Pourquoi et par la vertu de quel phénomène juridique, la transformation prévue ou non par les statuts ou par la loi emporte-t-elle ou non création d'une société nouvelle ? Répondre que dans un cas il y a novation et pas dans l'autre ne fait guère avancer la question, car la novation n'est pas une explication. Elle n'est que la traduction d'un fait, la constatation d'un résultat. Aucun auteur n'a éprouvé le besoin de dire pourquoi il y avait novation. Le problème est à vrai dire complexe, car il met en jeu le fondement même de la personnalité morale, fondement tellement controversé que les auteurs hésitent à prendre parti.

Il faut cependant, si l'on veut étudier et saisir le véritable aspect juridique du problème de la transformation d'une société commerciale, dégager les idées directrices, seules capables d'animer une matière trop souvent tenue au niveau d'un pur formalisme.

Dans ce but, il importe de rechercher un critérium unitaire de la personnalité morale qui pourra seul permettre d'expliquer si une société qui dépouille sa forme primitive pour fonctionner sous une autre forme, perd ou garde sa personnalité.

§ 1. — *Observation préalable* : Les Sociétés sont dotées de la personnalité morale.

80. — Pourquoi le Droit attribue-t-il la personnalité juridique à une masse de biens affectés à un but ?... L'association ou la société du Droit privé y a avantage, car, dans ce cas, elle a un patrimoine propre [2]. A défaut de personnalité, les biens apportés par les associés seraient dans l'indivision, comme dans le régime de communauté légale, de communauté réduite aux acquêts ou dans l'indivision successorale, régime peu favorable à une vie active : il suffit de l'opposition d'un seul pour empêcher les autres de rien faire. Sous le régime de l'indivision, les biens communs peuvent être saisis par les créanciers communs et servir également au désintéressement des créanciers de chacun des copropriétaires. A l'inverse, les créanciers communs peuvent, si le patrimoine commun n'est pas suffisant, se servir sur le patrimoine personnel des associés. C'est fâcheux dans les deux

---

1. A l'occasion d'une réception donnée en son honneur, le célèbre magistrat anglais lord Birkenhead fut salué comme « le plus grand juriste de notre époque ». Ce magistrat répondit qu'il n'avait jamais encore été insulté de la sorte. Cette plaisante répartie montre bien que les Anglais ne visent à rien d'autre qu'à être des praticiens : *Lawyers and not jurists.*

2. La relation étroite entre la notion de personnalité morale et celle de patrimoine est traditionnelle : *Cf.* Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 4e édit., p. 185, § 54.

hypothèses. Pour éviter ces résultats, il faut que la société, l'association, ne soient pas soumises au régime de l'indivision. Il faut que la société ait un patrimoine propre, distinct de celui de ses membres. Les organes, c'est-à-dire les gérants, ont pouvoir de faire des actes sur le patrimoine commun, de le gérer. D'autre part, les biens communs sont affectés au but social et soustraits aux créanciers personnels. A cet égard, grâce à la personnalité morale, il y a une cloison étanche entre le patrimoine social et les patrimoines des associés.

Il est clair que le régime de la personnalité morale est infiniment supérieur à celui de l'indivision.

En second lieu, l'exercice des actions en justice par la société être moral est singulièrement facilité : il faudrait, au cas où la personnalité ne serait pas reconnue aux sociétés, que chacun de leurs membres soit assigné ou introduise une instance, séparément.

Ainsi, la personnalité morale apparaît comme, sinon nécessaire, du moins très utile. Certains auteurs ont proposé d'abandonner la théorie de la personnalité juridique en prétendant que, dans une collectivité, tous les droits appartiennent à tous les membres, par un phénomène de « propriété collective ». Mais cette thèse, qui ramène la personnalité morale à une théorie de collectivisme, a peu d'adeptes [1].

A la différence de certaines législations étrangères [2], il n'existe chez nous aucun texte de loi affirmant la personnalité morale des sociétés. Mais il est admis cependant, par l'unanimité de la doctrine [3], que la personnalité des sociétés résulte d'un ensemble de textes, et principalement de l'article 529 du Code civil et de l'article 69-6° du Code de procédure civile. L'objet sur lequel porte un droit confère à ce droit une nature mobilière ou immobilière. Aux termes de l'article 529 du Code civil, les actions ou intérêts des sociétés sont meubles, « encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies ». Cette rédaction s'explique par l'existence d'une personne morale, propriétaire de tous ces biens dont les associés sont les créanciers. Car, si ces biens appartenaient aux associés eux-mêmes, leurs droits sur ces biens seraient immobiliers, car portant sur des immeubles. D'autre part, l'article 69-6° du Code de procédure civile suppose aux sociétés un domicile distinct de celui des associés, puisqu'il dispose que les sociétés seront assignées à la maison sociale [4].

---

1. V. pourtant PLANIOL, *Traité élémentaire*, n°s 3016 sq. et 3046 ; BERTHÉLEMY, *Traité de Droit administratif*, 10e édit., pp. 24 sq. ; GÉNY, *Méthode d'interprétation*, 1re édit., pp. 121 sq. Ce phénomène de propriété collective n'est autre que le rajeunissement de la *Gesamte Hand* du vieux Droit germanique.

2. Code italien (art. 107), Code civil belge (art. 2).

3. V. *contra* MOURLAQUE, thèse Paris, 1927, *Transformation des sociétés existantes en sociétés en responsabilité limitée de la loi du 7 mars 1925*, pp. 65 sq.

4. Sur ces points, v. par ex. : LABORDE-LACOSTE, *Exposé méthodique de droit commercial*, 3e édit., n° 317.

L'apport de la jurisprudence est précieux. Dans maintes décisions, on relèvera de la part des magistrats des allusions explicites à la personnalité morale [1]. L'article 33 de l'ordonnance du 17 octobre 1945 modifiée ne faisant aucune distinction quant à l'exercice du droit de reprise entre les personnes physiques et les personnes morales, celles-ci peuvent reprendre le fonds leur appartenant dès qu'elles remplissent les conditions prévues par ce texte. C'est ce que vient de décider un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, le 24 mars 1950 [2].

Si la doctrine et la jurisprudence admettent l'existence d'une personnalité morale des sociétés commerciales, l'accord est loin d'être réalisé sur la nature juridique du phénomène. Ce sujet a déchaîné en doctrine, et pas seulement en France, des controverses sensationnelles. L'erreur commune à toutes les théories qui ont été émises consiste dans le procédé de raisonnement *in abstracto,* sans admettre la contre-épreuve de réalités. La jurisprudence, en contact permanent avec la vie, le concret, a ramené le problème à une juste mesure, avec beaucoup de sagesse, et la doctrine actuelle semble suivre la voie ouverte par la pratique. Ceci est peut-être une leçon que la pratique inflige à la théorie.

§ 2. — Du fondement véritable de la personnalité des sociétés, personnes morales de droit privé.

81. — Il ne s'agit pas, dans cette étude consacrée à la transformation des sociétés, de prendre parti sur les controverses de la doctrine au sujet de la nature juridique de la personnalité morale [3]. Depuis un

---

1. La personnalité morale a été reconnue également aux sociétés coopératives, civiles ou commerciales. Cass. civ., 25 mars 1941 (*S.*, 1941, tabl. p. 74. V. Soc. coop., 1, 2, 3, 4). *Cf.* Cass. req., 1923 (*S.*, 24-1-228) et la note et : Cass. civ., 22 avril 1901 (*S.*, 1902-1-5), et la note de M. Lyon-Caen.

2. Cass. civ., sect. soc., 24 mars 1950 (*Gaz. Pal.*, 18-19 mai 1950). Un associé, non gérant d'une S.A.R.L., peut se lier à cette société, qui constitue une personne morale distincte de ses membres, par un contrat de louages de services qui lui confère la qualité de représentant de commerce pour le compte de la société : Lyon, 22 mai 1950 (*J.C.P.*, 1950, Tableaux de jurisprudence, p. 143). V. de même Bordeaux, 23 juin 1947 (*L'informateur juridique*, 1947, p. 136) : quand, en considération des lois raciales sous l'occupation allemande, une S.A.R.L. existant entre israélites a été transformée en société anonyme dont les actions ont été remises à des « aryens », n'est pas recevable l'action en nullité de transformation, si elle est formée contre les associés, en tant que tel, sans que soit mise en cause la société elle-même qui a une personnalité propre, alors que l'action mettait en jeu l'existence même de la société, sous sa forme anonyme.

3. Les trois théories classiques en la matière sont la théorie de la réalité, celles de l'institution et de la fiction.

V. comme bibliographie sur la théorie de la réalité : L. Duguit, *Droit constitutionnel* (2e édit., t. I, p. 350) ; Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die Rechtsprechung* ; Worms, *Organisme et société*, thèse Paris, 1896 ;

siècle au moins, en France comme à l'étranger, la question tient en haleine les penseurs du Droit, et il serait bien présomptueux de prétendre reprendre ce problème en quelques pages et dissiper les difficultés qui subsistent d'un trait de plume. Telle n'est pas notre intention.

Mais rien n'interdit, semble-t-il, d'essayer de relier entre elles toutes ces théories qui ont, incontestablement, certains points communs. Nous nous bornerons à décrire le cercle dans lequel tous ces systèmes d'explication évoluent. Cette attitude n'est pas forcément superficielle, car la stricte utilisation de la notion très générale que nous voulons découvrir fournit, eu égard au problème de la transformation d'une société, des réponses qui se révèlent satisfaisantes. Au reste, notre opinion trouve un appui indéniable dans la jurisprudence et dans la doctrine récente.

L'idée de personnalité morale n'est pas absolument indispensable pour qu'une société puisse vivre. Même pour l'être humain, cette idée ne s'impose pas. L'esclave romain n'avait pas de personnalité juridique et, cependant, certains de ses intérêts étaient protégés. Si le Droit américain a connu au XVIII[e] siècle une théorie selon laquelle des individus pouvaient former une personne morale par le moyen d'une association libre entre eux (*covenant*), jamais le Droit anglais n'a admis cette idée. Le Droit américain moderne l'a d'ailleurs répudiée [1]. Le Droit anglais se passe fort bien, pour la plupart des associations et

---

Foullée, *Science sociale contemporaine*, 3e éd., pp. 222 sq. ; Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3e édit., nos 45 sq.

Sur la théorie de l'institution, v. par exemple : Hauriou, « L'institution et le droit statutaire » (*Rec. de législation de Toulouse*, 1906), « La théorie de l'institution et de la fondation » (*Cahiers de la nouvelle journée*, n° 4) ; G. Renard, *Théorie de l'institution. La philosophie de l'institution* ; Desqueyrat, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, thèse Paris, 1933 ; A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, ; J.-T. Delos, « La théorie de l'institution », *Archives de philosophie du Droit*, 1931 ; J. Portemer, « Du contrat à l'institution » (*J.C.P.*, 1947, 586) ; Camerlynck, *De l' « intuitus personae » dans la société anonyme*, thèse Paris, 1929 ; Sigaut, *Les deux sortes de sociétés anonymes : la société privée et la société faisant appel à l'épargne publique*, thèse Grenoble, 1942 ; Piot, « Observations sur l'objet des sociétés commerciales du point de vue de la théorie de l'institution », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1930, pp. 451 sq.

Sur la théorie de la fiction, v. : Savigny, *Traité de Droit romain*, trad. Quenoux, t. II, pp. 233 sq. ; Laurent, I, nos 287 sq. ; Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7e édit., IV, § 296 ; Josserand, « Essai sur la propriété collective », *Livre du centenaire du Code civil, I*, p. 357 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, II, nos 126 sq. ; Laborde-Lacoste, *Droit commercial*, 3e édit., nos 317 sq.

1. Sur tous ces points, v. : Shaw Livermore *on early american land companies, their influence on Corporate Development*, New-York, *The Commonwealth Fund*, 1939.

des groupements, de la notion de personnalité morale. Il ne considère pas les clubs, *partnerships* et plus généralement tous les groupements de personnes organisées et travaillant dans un même but, comme des personnes morales. Cette notion est avantageusement remplacée par l'institution du *trust* ou *agency*. Le *trustee* est une sorte de mandataire qui agit au nom des membres du groupement. La propriété du club, par exemple, est tenue par le ou les *trustees* pour les membres du club, mais légalement, les *trustees* sont les seuls propriétaires [1].

82. — *Le concept de personnalité morale est une « fiction juridique »*. — Il faut voir dans la personnalité morale un mécanisme utile, une création technique et administrative, une fiction juridique. Ce point de vue n'exclut pas la possibilité d'admettre une certaine réalité, mais non une réalité objective, analogue à la réalité des personnes physiques. Il s'agit d'une réalité technique qui ne s'impose pas absolument mais que la réalité des faits propose comme procédé pratique permettant de gagner du temps, de simplifier et d'éviter des formalités inutiles. Dans le cas, par exemple, où les intérêts collectifs des individus qui ont formé entre eux une société nécessiteraient un procès, il ne sera point nécessaire que chaque membre du groupement assigne l'adversaire commun par acte séparé. Cela ferait des frais inutiles, économisés par la fiction juridique : la personne morale, en tant que telle, lancera une assignation. Le siège social, domicile unique du groupement, centralisera les lettres et correspondance de tout ordre qui intéressent l'ensemble des associés. Dans cette acception, le concept de la personnalité morale ne représente rien d'autre qu'un procédé technique, une métaphore commode [2].

Ce n'est pas le législateur, mais les nécessités pratiques, qui ont imposé l'admission d'une personnalité morale des sociétés. A cet égard, il importe de marquer le rôle important que joue la loi dans la réglementation des caractères qui constituent la personnalité morale. Il importe aussi de distinguer cet aspect de la théorie de la fiction de la forme traditionnelle sous laquelle cette théorie était présentée. Le législateur occupe dans le problème de la personnalité morale une place de premier plan, mais son intervention consiste davantage à réglementer qu'à créer de toutes pièces.

Pour repousser la théorie de la fiction légale et soutenir l'existence d'une réalité des personnes morales, certains auteurs étaient amenés à avancer des affirmations sans fondement qui les conduisaient à des

---

1. V. MAITLAND, *Grünhut's Zeitschrift*, t. XXXI (1904), pp. 1 sq. « Trust und Korporation ». *Adde* : WERTHEIMER *on Clubs*. Sous le régime du trust vivent des associations considérables : Inns of Courts, Jockey-Club, Bourse de Londres.

2. On trouve ces expressions sous la plume de HOLDER. V. *Natürliche und juristische Personen*, Leipzig, 1905. L'auteur emploie les termes de *technisches Hilfsmittel*, de *Metapher*.

impasses. L'association en participation, qui n'est pas révélée au public, n'a pas la personnalité morale. Ce privilège doit de même être refusé aux associations dont le but est illicite. Le rôle du législateur apparaît dès lors clairement. C'est lui qui donne la définition de la licéité et qui, par là même, contrôle et régularise l'attribution de la personnalité. C'est lui qui refuse aux sociétés en participation l'octroi de la personnalité, motif pris de leur caractère occulte. La doctrine a jadis craint qu'en fondant la théorie de la personnalité légale sur la fiction, les auteurs n'incitent l'Etat à disposer à sa guise de la création et de la suppression des personnes morales privées. La crainte est bien chimérique, car l'on peut sincèrement se demander si la latitude dont le législateur peut disposer, en cette matière, dépend de l'autorisation de la doctrine. Il y a là une contrainte dont les législateurs se sont toujours affranchis pour légiférer. Et ce n'est certainement pas parce que la doctrine fonde la personnalité morale, par exemple, sur la réalité objective de l'être moral, que le législateur s'empêchera d'intervenir. Depuis la fin de la seconde guerre dite mondiale, la politique de nationalisation suivie en France montre bien l'intervention directe de l'Etat dans une matière qui relève exclusivement du Droit privé. La nationalisation, en effet, met fin à la vie de l'être moral. La société nationalisée, de personne du Droit privée qu'elle était, se transforme en personne de Droit public. Elle ne se borne pas à changer de statut légal. Elle change d'état. C'est une véritable naturalisation [1].

Le statut légal de chaque société a été posé, délimité, réglementé par une loi. Cette intervention montre à l'évidence que l'octroi de la personnalité, s'il ne dépend pas de l'obtention directe d'une autorisation, intéresse tout de même le législateur qui est l'organe du Droit. A plusieurs reprises, en 1807, en 1867, en 1925, le législateur a défini certains types de sociétés. Les lois qui les régissent ont soigneusement réglementé les conditions que doit safistaire le groupement pour se créer sous cette forme. La sanction de nullité assure l'observation de ces conditions. Cette sanction rend inutile toute intervention du législateur au moment de la création de la société. Il n'a aucune autorisation à accorder, aucune vérification à faire. L'autorisation, il l'a accordée au moment où il a conçu les types de sociétés que connaît notre Droit positif [2]. En l'état du Droit actuel, l'imagination des individus qui désirent former entre eux une association (au sens large du mot) et mettent en commun un patrimoine pour la réalisation d'un but déterminé, ne peut se donner libre cours en dehors des formes de sociétés prévues par la loi. Il s'agit pour eux de choisir entre la gamme

1. V. *infra*, n° 94.

2. C'est le système que les Allemands désignent sous le nom de « système de la réglementation légale » (*Normativbestimmungen*). La plupart des législations actuelles se rattachent à ce système.

des types de sociétés que le Code de commerce et les lois subséquentes mettent à leur disposition. A l'intérieur de cet éventail, ils jouissent d'une pleine liberté. Mais il ne faut pas oublier que les limites de cette liberté ont été posées par le législateur [1]. On ne conçoit pas que deux époux puissent se marier en adoptant un régime matrimonial qu'ils auraient inventé et qui ne ressemblerait à aucun de ceux que le Code civil a prévus. L'adoption d'un tel régime serait sanctionnée, sinon par la nullité, du moins par l'inexistence. De même, l'adoption d'un type de société en dehors de ceux que la loi a envisagés est impensable. La loi a attaché et combiné un certain nombre de droits et d'obligations, partie dans l'intérêt des tiers, partie dans l'intérêt des contractants (*lato sensu*) aux régimes matrimoniaux et aux sociétés commerciales. Ces droits et obligations constituent respectivement le « statut légal des époux » et le « statut légal des associés ». La liberté des individus s'exerce à l'intérieur de ces cercles et consiste davantage à choisir qu'à créer.

Il faut voir en définitive dans la personnalité morale un usage qui s'est développé lentement et dont le caractère d'utilité pratique a incliné le législateur à l'admettre comme l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose la législation des sociétés commerciales [2]. Envisagée sous cet angle, la personnalité morale rend compte d'une certaine réalité technique dont la réglementation, sinon la création, dépend du législateur.

Toutes les théories émises sur le fondement de la personnalité des sociétés sont des fictions. La théorie de la réalité a échoué, parce qu'elle a donné à la volonté de l'être collectif, par pure fiction, une place trop importante. M. G. Aillet constate cet échec, en termes éloquents :

> Convient-il de construire un type unique de personnalité, comportant des modalités différentes pour la liquidation des biens, la responsabilité des organes ou agents, etc., ou faut-il abandonner toute théorie unitaire pour chercher simplement à se modeler sur la diversité des besoins de la vie ? Sans songer à aborder tous ces problèmes, nous voulions simplement montrer que la simple admission, pour des raisons sociologiques, de la réalité des personnes morales est loin de les résoudre [3].

La théorie de l'institution, de l'aveu même de ses auteurs, est une solution de compromis, une théorie du « juste milieu », qui doit

---

1. Il y a là un phénomène analogue à la plaisante image à laquelle le philosophe P. Bayle avait recours pour attaquer la thèse du libre-arbitre : « La girouette, mue par le vent, peut se croire libre et se figurer qu'elle tourne de son propre mouvement. Nous sommes poussés par des énergies dont nous ne pouvons prendre conscience. »

2. V. en ce sens : G. Deloison, « Caractères juridiques des sociétés commerciales, des usages », *Journ. Soc.*, 1882, pp. 584 sq.

3. « Droit et sociologie », *Rev. de mét. et morale*, 1923, p. 459.

« combiner la stabilité profonde du droit subjectif avec la stabilité superficielle et provisoire de la situation objective » [1]. M. Renard lui-même confesse une opinion semblable :

Mais il convenait, au préalable, de passer l'aveu que la théorie de l'institution est un succédané. Nous le renouvelons en toute franchise : ce n'est pas à nous de juger s'il y a lieu de regretter la fausse manœuvre qui vaut à la science du Droit cet enrichissement ; après tout, la saine théorie de la personnalité morale demeure, avec son incomparable valeur explicative, à côté de la théorie de l'institution et en connexité avec elle, unies, dans leur commun réalisme contre la personnalité fictive [2].

L'institution explique la grande entreprise [3], la grande société anonyme et sans doute la société à responsabilité limitée à personnel nombreux. C'est beaucoup, mais c'est tout ! Il faut éviter de faire glisser cette théorie au système [4]. Cette théorie ne fournit pas un concept unitaire, car elle ne s'applique pas aux sociétés contractuelles (sociétés en commandite simple et en nom collectif).

Le fondement de la personnalité morale, analysé en une fiction juridique, technique, est généreux. Il coiffe tous les types de sociétés. Il s'applique à tous, sans empêcher en aucune manière qu'on précise son sens à l'aide d'une explication originale pour une catégorie déterminée de sociétés. La théorie de l'institution explique la grande entreprise. La théorie du contrat explique la petite société de type familial. Ces deux explications ne sont que les aspects différents, les modalités d'application, les deux colorations de la théorie plus générale qui revient à voir un procédé technique, une fiction juridique, dans la personnalité morale des sociétés. Cette position est d'ailleurs celle de la jurisprudence et de la doctrine.

83. — *Applications jurisprudentielles de cette idée.* — La jurisprudence fait application de l'idée de fiction en diverses matières. Les décisions révèlent le souci d'éviter que la théorie de la personnalité morale puisse être invoquée pour faire pièce à une disposition légale et puisse consacrer, plus ou moins directement, une solution inéquitable :

... Attendu qu'on ne saurait estimer, en se basant sur la fiction de la continuation de la personnalité morale, qu'une société, en se transformant, pourrait faire échec au but poursuivi par le législateur...

---

1. M. Hauriou, préface de la thèse de M. Rigaud : *Le Droit réel, histoire et théorie, son origine institutionnelle*, Toulouse, 1912. *Adde* : Desqueyrat, thèse précitée, pp. 35 sq.

2. *La philosophie de l'institution*, p. 157.

3. V. Daniel Veaux, « La responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales et la notion juridique d'entreprise », *Journ. Soc.*, 1947, pp. 213 sq.

4. V. à cet égard les critiques de M. Prelot : « La théorie de l'institution et la technique juridique », *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 20, p. 207.

précise une décision récente [1]. Dans des hypothèses variées, les magistrats s'efforcent d'atteindre la réalité des faits.

En matière de nationalité des sociétés commerciales, la jurisprudence est arrivée à imposer la théorie de la fiction qui permet seule d'éviter des conséquences ineptes. Pendant longtemps, la doctrine admettait, en conformité avec la pratique, que la nationalité d'une société était déterminée par son domicile, c'est-à-dire par le lieu de son siège social. La nationalité des associés n'était jamais prise en considération, la personnalité de la société étant distincte de la leur [2]. La jurisprudence ne s'est pas laissée abuser par l'apparence et n'a pas admis que des ressortissants ennemis, dont les biens devraient être mis sous séquestre, puissent faire le commerce au mépris de la loi, en prenant la précaution de former entre eux une société dont le siège social serait en France [3], ou puissent, par le même moyen, ester en France, alors que ce droit avait été retiré aux sujets ennemis [4]. Elle a de même refusé que des étrangers, n'ayant pas droit à des dommages de guerre, puissent en obtenir sur la base de la loi du 17 avril 1919 en formant une société ayant son siège social en France [5]. Cette dernière solution a d'ailleurs été confirmée par la loi du 28 octobre 1946 sur la réparation des dommages de guerre dont l'article 11 exige non seulement que la société ait en France un siège social réel, mais encore que la majorité des gérants et administrateurs soit de nationalité française, et que la majorité du capital appartienne à des Français. Le fait que la société a son siège social en France n'a pas non plus empêché la jurisprudence d'exiger des associés la caution *judicatum solvi,* s'ils sont de nationalité étrangère [6]. Dans toutes les espèces, la jurisprudence recherche celui qui a le contrôle effectif de la société [7].

En matière de faillite de société, les tribunaux n'ont pas été arrêtés par la notion de personnalité morale et se sont efforcés de découvrir l'individu qui, pour dissimuler ses agissements commerciaux et éviter la faillite, se sert du masque d'une société anonyme ou à responsabilité limitée. A plusieurs reprises, les juges sont allés plus loin que l'apparence, saisissant la réalité des faits derrière la notion de personnalité morale et atteignant l'individu au delà de cet écran, lorsqu'il

1. Trib. civ. Seine, 7 décembre 1949 (*D.*, 1950-J-198, note G. Ripert).
2. Cass. civ., 20 juin 1870 (*D.*, 1870-1-416) ; Montpellier, 3 mai 1926 (*D.H.*, 1926, p. 398).
3. Req., 27 mai 1921 (*Clunet*, 1923, p. 332) ; Crim., 18 juillet 1919 (*Rev. Dr. int. privé*, 1920, p. 128) ; Req., 20 juillet 1915 (*D.*, 1916-1-44) ; Seine, 29 novembre 1939 (*D.H.*, 1940-22) ; Seine, 3 janvier 1940 (*D.H.*, 1940-35).
4. Alger, 29 juillet 1915 (*Clunet*, 1915, p. 903).
5. Conseil d'Etat, 24 juillet 1931 (*D.H.*, 1931-543) ; Cass. civ., 25 juillet 1933 (*D.*, 36-1-121).
6. Nancy, 28 novembre 1924 (*Clunet*, 1926, p. 113) ; Colmar, 29 octobre 1925 *S.*, 27-2-33, et note M. Niboyet).
7. Paris, 20 mars 1944 (*S.*, 1945-2-31).

détenait toutes les actions ou contrôlait seul la gestion. L'article 437 du Code de commerce, dans la rédaction que lui a donnée le décret-loi du 8 août 1935, déclare dans ce cas la faillite « commune » à cet associé [1].

Par une réalité technique, on a été conduit à admettre que la personnalité d'une société dissoute survit pour les besoins de sa liquidation. Cette personnalité est atteinte, car elle est, pendant ce temps, restreinte aux besoins de la liquidation [2]. Mais ce maintien de la personnalité a des limites : il est impossible de transformer la société ou d'utiliser une clause de continuation [3]. De même, il a été jugé que le lien social survit à la démission de l'associé pour la détermination des droits de cet associé au regard de la société :

> La rupture des liens sociaux, qui rattachaient à la société l'associé démissionnaire, si elle fait, pour l'avenir, de cet associé un tiers par rapport à la société, ne saurait empêcher que dans le passé cet associé n'ait été un associé soumis à la discipline et aux autorités sociales. Et cette situation se prolonge, même après la rupture, pour tout ce qui concerne les opérations engagées antérieurement à cette rupture et pour la liquidation du passé. L'arrêt ci-dessus recueilli de la Chambre des requêtes du 21 mai 1935 en fournit une preuve péremptoire, en décidant que l'associé démissionnaire est obligé de tenir compte, à raison des opérations engagées par lui comme associé avec la société, avant sa démission, des décisions prises postérieurement à cette démission par l'assemblée générale, dans des conditions où ces décisions s'imposeraient à lui s'il était encore associé. En somme, le lien social survit à la démission de l'associé pour la détermination des droits de cet associé au regard de la société, comme on dit que la société survit à la dissolution pour les besoins de sa liquidation [4].

Dans une hypothèse très spéciale, le Tribunal de la Seine vient de rendre une décision qui montre nettement les limites que la pratique assigne à la théorie de la personnalité morale. Si, en principe, les actions d'une société anonyme sont librement négociables, le législateur a pensé qu'une telle règle pouvait susciter des inconvénients graves en ce qui concerne les actions d'apports. En conséquence, il a

---

1. Req., 29 juin 1908 (*D.*, 1910-1-233, note Percerou) ; Req., 9 février 1932 (*S.*, 1932-1-177, note H. Rousseau) ; Paris, 23 juillet 1936 (*S.*, 1937-2-4) ; Req., 16 février 1938 (*J.S.*, 1939-278) ; Req., 15 novembre 1938 (*S.*, 1938-1-176) ; Req., 30 avril 1940 (*D.H.*, 1940-169) ; Paris, 16 novembre 1938 (*J.S.*, 1939-278) ; Paris, 5 février 1941 (*J.C.P.*, 1941-2-1665, note D. Bastian) ; Paris, 9 mai 1944 (*S.*, 1944-1-121).

2. V. : D. Bastian, « La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de la liquidation », *Journ. Soc.*, 1937, pp. 1 et 65.

3. V. : Req., 5 novembre 1934 (*S.*, 1935-1-177, note Lescot) ; Montpellier, 8 février 1935 (*Journ. Soc.*, 1935-428).

4. Note H. Rousseau, sous Cass. req., 21 mai 1935, et Cass. civ., 27 juillet 1936 (*S.*, 1936-1-369). *Adde :* Cass. req., 25 février 1935 (*S.*, 1936-1-289, note Rousseau) ; Paris, 12 mars 1935 (*S.*, 1936-2-19) ; Cass. req., 7 mai 1935 (*S.*, 1936-1-289, ad. notam.).

imposé pour ces sortes d'actions un délai d'épreuve en spécifiant qu'elles ne pourraient être négociées que deux ans après la constitution définitive de la société. Mais l'article 3 (alinéa 3) de la loi du 24 juillet 1867, modifié par les lois du 11 juillet 1902 et du 16 novembre 1903, a apporté à cette restriction un correctif :

> En cas de fusion de sociétés par voie d'absorption ou de création d'une société nouvelle englobant une ou plusieurs sociétés préexistantes, l'interdiction de détacher les actions de la souche et de les négocier ne s'applique pas aux actions d'apports attribuées à une société par actions ayant, lors de la fusion, plus de deux ans d'existence.

La discussion du litige déféré au Tribunal de la Seine roulait autour de l'interprétation de ce texte. Il s'agissait, en effet, de savoir, en l'espèce, si le bénéfice de cette disposition exceptionnelle pouvait être étendu à une ancienne société civile transformée, comptant à cette date plus de deux ans d'existence, mais dont la transformation en société par actions remontait à moins de deux ans. Par jugement du 7 décembre 1949 [1], le Tribunal civil de la Seine, sans tenir compte du phénomène de pérennité de l'être moral (la transformation de la société civile en société par actions avait laissé subsister la personnalité de la société, le jugement le reconnaît) décida que les actions d'apports ainsi attribuées à la société ne sont négociables que deux ans après sa transformation et que la Compagnie des agents de change est, dès lors, fondée à en refuser l'inscription à la cote de la Bourse.

Les auteurs modernes approuvent sans réserve la limitation jurisprudentielle de la théorie de la personnalité morale [2]. M. Hamel, dans une chronique récente [3], affirme même que la notion de personne morale est insuffisante pour rendre compte de certains phénomènes d'ordre juridique et économique, tels que les groupes industriels ou commerciaux dus au mouvement de concentration qui préside de nos jours à la vie des affaires, telle aussi la notion contemporaine d'entreprise.

Harcelée, prise entre la double offensive de la pratique et de la doctrine, que va devenir cette fiction technique qu'est la personnalité morale ? Va-t-elle se rétrécir, semblable à la peau de chagrin, jusqu'à devenir un accessoire inutile ? Nous ne le pensons pas, car, en l'état de notre droit, elle rend trop de services ; elle est trop utile pour que l'on songe à s'en passer. Loin de vouloir la supprimer, la jurisprudence tend, avec raison et très sagement à notre avis, à lui imposer

---

1. *D.*, 1950-1-198 et note du Doyen RIPERT.

2. V. notamment RIPERT, note précitée ; LABORDE-LACOSTE, *Droit commercial*, 3e éd., n° 331 ; HAMEL, « Chronique », *D.*, 1949-141 ; P. CHAUVEAU, « Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés », *Rev. gén. de droit commercial*, 1938, pp. 397 sq.

3. V. note précédente.

certaines bornes toutes les fois que cette fiction risque d'aller à l'encontre la loi, directement ou indirectement [1]. Si la doctrine a pu jadis tenter de diviniser la personne morale, on assiste de nos jours à un mouvement inverse qui tend à faire de la personnalité morale un « mécanisme juridique » pur et simple.

SECTION III

APPLICATION DES PRINCIPES DEGAGES AU PROBLEME DE LA TRANSFORMATION DES SOCIETES

§ 1. — NATURE JURIDIQUE DE LA TRANSFORMATION D'UNE SOCIÉTÉ : NOVATION OU OPÉRATION DE SIMPLE ADMINISTRATION ?

84. — *Double sens du terme « société » :*

Le mot « société » a deux sens dans le langage du commerce. Quelquefois, il sert à exprimer la convention par laquelle plusieurs personnes s'obligent à conférer quelques objets, ou à faire quelque chose en commun pour obtenir un profit licite. Quelquefois, il signifie le corps moral [2].

Il faut avoir présente à l'esprit cette dualité de sens si l'on veut faire avancer le problème. L'impropriété du langage courant arrive parfois à déformer la notion même de l'objet envisagé. Cette impropriété est sans doute à la base des erreurs de raisonnement que la doctrine a commises, dans la matière qui nous occupe.

Lorsque des individus se réunissent pour former une société et se mettent d'accord pour lui donner telle forme, l'affecter à tel but, leur acte a une double signification. Tout d'abord, une signification abstraite : ils créent une société, un être moral. Ensuite, une signification concrète : ils créent une société qui possède telle forme, est affectée à tel but. Lorsque la société abandonne sa forme pour une autre, il n'y a pas disparition de la personnalité morale. La notion de transformation implique plus ou moins l'identité dans le changement et l'unité dans la variété qui sont les caractères essentiels de la personnalité en général. En tout être doté de la personnalité, quel qu'il soit, être physique ou être moral, l'on peut saisir la coexistence de deux éléments : l'*essence* et l'*apparence*. Le substratum de la personnalité est l'essence. Le changement d'apparence qui se traduit par la transformation d'un type de société en un autre laisse intacte l'essence de la société, être moral. L'être moral ne disparaît qu'autant

---

1. La nécessité, pour une société qui se transforme sans changer de personnalité, de respecter certaines formalités constitutives du nouveau type qu'elle a choisi, est une application de cette idée.

2. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, éd. 1831, t. IV, n° 966.

que l'essence est affectée. La frontière entre ces deux éléments est floue. Les deux notions coexistent, mais apparaissent rarement en même temps. L'une masque toujours l'autre qui se trouve à l'arrière-plan et, à cet égard, l'apparence remplit bien la fonction que jouait le masque des tragédiens anciens. On sait, en effet, que le mot *persona,* à Rome, servait à désigner le masque sous lequel l'acteur paraissait en scène. Le masque faisait deviner le personnage, le rôle. L'apparence et l'essence existent simultanément. Il vaut mieux admettre l'existence d'un tout complexe et chercher à le saisir, tel qu'il est donné, que de le disséquer et en dissocier les parties pour les analyser. Toute tentative de dissociation fait disparaître le phénomène, tel un mirage. Au cours d'un procès à épisodes, la personnalité du magistrat qui occupe le siège du Ministère public peut changer, sans que l'abstraction « Ministère public » s'en trouve altérée.

Le patrimoine n'est pas une simple réunion de biens, de créances et de dettes. Il constitue une universalité juridique, distincte de ses composants. Un patrimoine est un « réceptacle idéal, prêt à recevoir des valeurs actives et passives et qui subsiste même lorsqu'il est vide » [1].

85. — *L'idée de novation est insoutenable.* — L'erreur des juges et des auteurs a été, en ce qui concerne la transformation des sociétés, de considérer la volonté des parties comme sacro-sainte. Ils ont accordé trop d'importance à l'élément contractuel du phénomène. Ils ont eu le tort de ne pas distinguer entre l'acte créateur de la société qui est moins un support qu'un tremplin, une « rampe de lancement », un prétexte, et l'être moral créé, qui domine le contrat et lui survit, lorsque celui-ci est nové. La société a été créée par le contrat qui en fut « l'occasion », mais elle le dépasse, le surplombe. Si la volonté des parties doit l'emporter dans un régime où le contrat fait leur loi, et si leur volonté donne naissance au phénomène mystérieux de la personnalité morale, le sort de l'être moral ainsi créé ne doit pas dépendre, aussi étroitement que la jurisprudence le prétend, de la volonté de ses créateurs. Il y a là, à vrai dire, un phénomène un peu semblable à l'obligation de conscience du père vis-à-vis de l'enfant naturel. Si la création de cette obligation dépend d'une manifestation de volonté du père, son existence, une fois affirmée, lui échappe complètement.

Les raisonnements de la doctrine qui tendent à expliquer la pérennité de l'être moral ou sa disparition au cas de changement de forme, en recourant à l'idée de novation, sont sans intérêt. S'il est vrai qu'il y ait novation dans le cas où des associés se mettent d'accord pour changer la forme sous laquelle fonctionne leur société, la novation ne peut guère, dans cette hypothèse, affecter que l'accord qui a réglé

1. *Cf.* Laborde-Lacoste, *Droit civil,* t. I, n° 622.

les modalités du groupement (forme, but, organisation), mais l'acte abstrait, c'est-à-dire la personne morale elle-même, leur échappe. Ils ne peuvent arbitrairement la détruire en défigurant son aspect. Il en va de même dans la novation classique du droit civil. Bien que des obligations d'une nature différente se succèdent entre les mêmes personnes, il y a tout de même un élément qui demeure intact à travers le changement de forme : le rapport obligatoire, quelle que soit la forme qu'il affecte et le nom qu'il reçoive.

L'article 1273 du Code civil précise que la novation ne se présume pas et que la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte [1]. Les juges du fond sont d'ailleurs souverains pour décider si l'intention de nover résulte ou non des circonstances de fait [2]. Puisque la novation ne se présume pas et à moins de présomptions graves et concordantes [3], on ne pourra pas dire que les associés ont entendu mettre fin à l'existence de l'être moral. Ils n'y ont jamais intérêt, et la présomption grave et concordante fera d'autant plus défaut que « personne ne doit facilement être présumé abdiquer les droits qui lui appartiennent » [4]. Il est cependant certain que si les associés ont effectué une liquidation de la première société avant de procéder à la création de la seconde, l'être moral disparaît, car, s'il domine et dépasse le contrat social, il a tout de même besoin de l'existence de celui-ci (sous sa forme primitive ou sous une autre forme) pour se justifier [5]. Lorsqu'une société succède à une autre, il n'y a pas interruption de vie, et l'être moral n'est pas affecté par cette prise de relai.

L'immunité du patrimoine ecclésiastique fut l'objet, vers la fin de l'ancien régime, d'une lutte sourde entre le roi, toujours à court d'argent, et le clergé. Ce dernier finit par céder, mais avec un formalisme qui ménageait sa susceptibilité. Le roi « sollicitait ». L'Eglise « aidait le roy par des dons gratuits ». Le principe est symbolisé dans une médaille frappée en 1725. Elle représente une source sortant d'un rocher : *Sponte fluit,* précise l'exergue. Le *distinguo* est subtil ! Cette question de mots et de nuances fait sourire le moderne, et pourtant

---

1. *Adde :* Pothier (éd. Dupin), 1827, t. 347 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* 4e éd., t. IV, p. 217 ; v. en outre : Trib. civ. du Puy, 10 mars 1938 (*Gaz. Pal.*, 1938-2-102) ; Amiens, 27 février 1946 (*Gaz. Pal.*, 1946-1-190) ; Cass. civ., 3 août 1948 (*Bull. Cass.*, 1948-863).

2. Cass. civ., 20 février 1894 (*D.*, 1894-1-289) ; Cass. civ., 15 mai 1895 (*D.P.*, 1895-1-243) ; Cass. civ., 7 juillet 1925 (*D.P.*, 1927-1-22) ; Cass. req., 17 juin 1933 (*S.*, 1933-1-390).

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 217, note 29.

4. Pothier, *op. cit.*, p. 347.

5. Si un certain temps s'est écoulé entre le passage d'une forme à l'autre, et si, notamment, la société a fonctionné entre temps comme société de fait, il n'y a pas transformation, mais création d'une société nouvelle. V. réponse du Ministre des Finances, *J.O.*, 26 avril 1950, Déb. parl. (Cons. Rép.), p. 1130.

notre droit commercial manifeste bien souvent un formalisme aussi absurde. Le système de la novation, en ce qui concerne l'hypothèse de transformation d'une société, révèle des anomalies : si les associés, à l'unanimité, décident de transformer la société sans acte modificateur des statuts, la jurisprudence (et les auteurs qui l'approuvent) considèrent qu'il y a, dans ce cas, création d'un être moral nouveau, motif pris de ce qu'une novation est intervenue. Mais si ces mêmes associés décident de modifier les statuts et d'y introduire la prévision d'une transformation, il n'y a pas novation. Lorsque la transformation est prévue par les statuts, il s'agit d'un consentement donné à l'avance. Si les associés donnent ce consentement plus tard, au moment de la transformation par exemple, qu'y aura-t-il de changé ? Il ne s'agirait pourtant pas, dans ce cas, d'un consentement donné après coup, d'une ratification, mais d'un additif au contrat primitif. Le critérium de la novation est bien fragile : il n'y aura pas novation si les associés prennent de l'élan et font précéder la transformation d'une retouche des statuts. C'est du formalisme à l'état pur !

86. — *La transformation est une modification des statuts.* — Il ne s'agit pas d'esquisser ici une ontologie de la personnalité morale. Entreprendre de tracer les limites d'une fiction serait une gageure. La seule question qu'il soit permis de poser est la suivante : quels sont les éléments les plus caractéristiques de la personnalité morale ? On ne peut répondre que par tâtonnements et avec beaucoup de prudence. Entre la forme, l'objet, le personnel (qui joue un grand rôle dans les société conclues *intuitu personae*), le mode de gestion, la composition du capital, quelle est la note dominante ? Il est difficile de le dire. Il est préférable et plus conforme à la vérité de voir dans la nature de l'être moral un magma, un ensemble dont certains éléments peuvent cependant se dissocier du reste sans affecter la physionomie générale. Dans ses *Nouveaux essais,* Leibnitz parle du bruit de la mer qui se compose de milliers de bruits infiniment petits dont aucun isolément ne serait perceptible. Cet exemple entre un peu dans le cadre de nos explications. La personnalité morale n'est que la résultante, la somme de plusieurs éléments dont il est difficile d'apprécier la valeur lorsqu'on les envisage isolément. Quoi qu'il en soit, il ne semble pas que la forme puisse être tenue pour un élément essentiel de la personnalité [1].

Le point de vue suivant lequel le simple changement de forme, même en l'absence de prévisions statutaires ou légales, n'emporte pas en lui-même disparition de l'être moral, s'il ne trouve pas, dans les nombreuses espèces de jurisprudence qui concernent la matière, une confir-

1. V. en ce sens : MICHOUD, *op. cit.*, t. II, n° 363, et VAVASSEUR, *Sociétés civiles et commerciales*, 2e éd., 1878, n° 456. C'est également le point de vue du droit belge. V. la lettre du Bâtonnier GUILLERY, du barreau de Bruxelles, publiée au *Journ. Soc.*, 1882-35.

mation positive, ne trouve pas d'infirmation. En étudiant les décisions, on se rend compte que, dans toutes les espèces, la transformation ne se bornait jamais à une simple modification de forme. Celle-ci était toujours accompagnée d'autres changements (augmentation considérable de capital, changement d'objet, modification dans le personnel) [1] qui, ajoutés au changement de forme, pouvaient incliner le juge à décider que la personnalité primitive de la société avait disparu. Il y a là, bien entendu, pour les magistrats, une question d'appréciation [2]. Lorsque deux personnes, exploitant entre elles une entreprise commerciale en société de fait, transforment cette société de fait en société en nom collectif ou en société à responsabilité limitée, l'Administration ne considère pas cette opération comme une cession, si elle n'entraîne pas la liquidation des droits des anciens associés, si la société nouvelle est composée exclusivement des anciens membres de la société de fait et si elle prend en charge l'ensemble des opérations actives et passives de cette dernière [3]. La position prise par le fisc est des plus libérales et confirme notre thèse. Il va même plus loin : il n'hésite pas à considérer comme une transformation pure et simple une opération non prévue par les statuts ou par la loi qui, en l'espèce, constituait bien pourtant une création de société, une création d'être moral, la société de fait n'ayant pas de personnalité juridique.

Nous entendons par « changement de forme » la conversion d'une société en un autre type juridique, mais dans le cadre de la loi française. Quelles que soient les ressemblances que les types juridiques de certaines législations étrangères puissent présenter avec les diverses formes de sociétés françaises, il n'y a jamais identité absolue entre la forme française et la forme étrangère équivalente. Dans ces conditions, le changement de nationalité, qui place la société française sous le régime de la loi étrangère, s'analyse bien en un changement de forme. Mais il y a plus, en réalité, qu'un simple changement de forme.

---

1. V. notamment : Paris, 28 mai 1869 (*S.*, 70-11-69) ; Besançon, 15 juin 1869 (*D.*, 70-2-13 ; *S.*, 70-2-105) ; Paris, 5 décembre 1881 (*Journ. Soc.*, 1882-549) ; Cass. civ., 27 juillet 1890 (*D.*, 91-1-54) ; Cass. civ., 29 juillet 1890 (*S.*, 91-1-83) ; Cass. req., 24 janvier 1893 (*Journ. Soc.*, 1893-162 et note C. H.) ; Trib. civ. Seine, 1er juillet 1899 (*Journ. Soc.*, 1900-83) ; Cass. civ., 25 novembre 1901 (*S.*, 1903-1-241 et note A. W.). *Adde :* Sol. de la Régie, 5 avril 1897 (*Journ. Soc.*, 98-140) ; l'*Instruction de l'Administration de l'Enregistrement*, n° 3851, du 11 avril 1925. *Adde* : Cass. civ., 11 avril 1905 (Inst. n° 3174, § 3) ; Cass. civ., 22 février 1937 (Inst. n° 4383, § 16, *R.E.*, 10-931) ; Trib. Seine, 11 mai 1944 (*R.E.*, 12.076).

2. Cass., 24 janvier 1893 (*S. et P.*, 1893-1-266 et la note). Le juriste allemand Otto Fischer, après avoir consacré une longue étude au problème de l'identité (*Das Problem der Identität und der Neuheit*, Breslau, 1892), est convaincu qu'il n'existe aucun critère possible pour savoir si une chose a gardé ou perdu son identité : « Es gibt kein Prinzip und kann kein Prinzip geben, nach dem die Identität oder Nichtidentität an sich und für alle Fälle festgestellt werden könnte. »

3. Rép. Ministre des Fin., *J.O.*, Déb. parl., 30 mars 1949, p. 1843.

L'Allemagne, traitant nos départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin comme des territoires annexés, soumit en 1940 les sociétés de ces régions à la législation allemande. Une loi du 5 décembre 1941, par exemple, obligeait les sociétés anonymes alsaciennes à modifier leurs statuts pour se « transformer » en sociétés par actions allemandes. A la libération du territoire, l'ordonnance du 14 septembre 1944, portant rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, valida les actes juridiques et engagements contractuels valablement conclus sous l'empire de la loi de fait (art. 7). Les dites « transformations » accomplies sous l'occupation, vont-elles être maintenues ou doit-on, au contraire, les annuler ? On pourrait être tenté de prononcer la nullité de telles « transformations », motif pris de ce que le consentement des associés à l'opération faisait défaut. Mais s'agit-il bien d'un problème de consentement ? S'agit-il même d'une transformation de société ? Certes, en l'espèce, ladite transformation ne constituait pas un «acte juridique » ou un « engagement contractuel conclu valablement », au sens de l'ordonnance du 14 septembre 1944 (art. 7), et ce serait déjà une raison pour l'annuler. La transformation d'une société, au sens où ce phénomène est entendu en général, résulte d'une action concertée des associés, spontanée. Si un législateur provoque la transformation, il ne s'agit pas d'une transformation à proprement parler, le consentement des associés n'étant pas libre. Une telle manifestation d'arbitraire de la part d'un gouvernement est exclusive de la notion de transformation d'une société, telle que l'entend notre droit. Le problème change de terrain et, du terrain du droit privé, glisse sur celui du droit public. Nous retrouvons cette question sous une forme légèrement différente dans l'hypothèse de la nationalisation d'une société. Les « transformations » des sociétés alsaciennes doivent être annulées et les sociétés replacées sous leur forme primitive (c'est-à-dire la forme antérieure à 1940). Ne pas prononcer l'annulation de ces sociétés reviendrait à admettre la coexistence, sur le territoire français, de sociétés soumises à deux systèmes de législations différentes. Une telle dualité est contraire à l'ordre public français, et le régime instauré par l'occupant en Alsace-Lorraine en 1940 doit être aboli pour ce motif [1]. Même si les associés des sociétés alsaciennes avaient spontanément consenti, fût-ce à l'unanimité, à placer leur société anonyme sous l'empire de la loi allemande, cette opération ne mériterait pas le nom de « transformation ». Ce terme a

1. V. l'article 7 de l'ordonnance du 14 septembre 1944 qui exclut de la validation les effets contraires à l'ordre public français. V. également dans le sens de l'annulation de la législation allemande : J. de PRÉCIGOUT, « La nullité des transformations imposées aux sociétés alsaciennes par les autorités allemandes », *Gaz. Pal.*, 27 juin 1945. Pour un exemple d'opposition entre une loi étrangère et l'ordre public français, v. : Cass. req., 5 mars 1928 (*D.P.*, 1928-1-81, note SAVATIER).

un sens juridique précis qui est du reste le sens étymologique : changement de forme. Il y a davantage, en effet, dans une hypothèse de ce genre, qu'un simple changement de forme. La société, soustraite à l'application de la loi française, se trouve placée sous celle de la loi étrangère. La personne morale, dans ce cas, est « naturalisée ». L'exemple que nous venons de donner, la « transformation » des sociétés alsaciennes, permet de définir le champ d'application de la transformation des sociétés. Cette opération ne peut avoir lieu qu'entre des types de sociétés prévus et pris en considération par la loi française. Tout changement de nationalité emporte disparition de la personnalité morale de la société [1].

Nulle part il n'est posé que la loi attache à la forme des sociétés une importance telle qu'on doive y voir l'élément essentiel de leur personnalité. Les diverses formes de sociétés offertes par le droit commercial au groupe d'individus qui désirent s'associer s'analysent en une possibilité de choix. *La forme est un moyen.* Le même but peut être poursuivi et atteint à l'aide de moyens différents. La variation des circonstances économiques, la réussite de l'entreprise obligeant à créer des filiales, à augmenter le nombre des associés, sont autant de facteurs qui militeront en faveur du remplacement d'une forme trop étroite et désadaptée (la forme en nom collectif par exemple) par une autre (la forme anonyme paraît s'imposer dans ce cas). Le type anciennement choisi serait inadéquat et constituerait même un obstacle à l'extension envisagée. La forme n'est qu'un vêtement, un manteau que l'on remplace lorsqu'il est usé ou démodé. Le dicton populaire : « L'habit ne fait pas le moine » peut assez bien, selon nous, résumer le problème. Vu sous cet angle, le changement de forme apparaît comme une opération intérieure à la société, comme une simple modification des statuts. Le législateur l'a si bien compris qu'il a ratifié et consacré cette opinion à deux reprises pour les deux types les plus courants de sociétés commerciales : pour la société anonyme (art. 31 L. 24 juillet 1867 réd. L. 1er mai 1930) et pour la société à responsabilité limitée (art. 31 et 41 L. 7 mars 1925). Ces deux textes permettent cette modification des statuts à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social [2].

---

1. V. en ce sens : Houpin et Bosvieux, *Tr. des Soc.*, 7e éd., t. II, nos 964 et 977 : « La transformation d'une société étrangère en société française, ou inversement, entraîne nécessairement création d'une société nouvelle. Pour réaliser cette transformation, il y a lieu de dissoudre la société existante et d'en constituer une nouvelle en observant les règles et formalités prescrites par la loi du pays dans lequel son siège doit être fixé.» Pour la littérature étrangère favorable à cette opinion, v. : B. Bindschedler, *Der Nationalitätswechsel der Aktiengesellschaft, thèse Zurich*, 1940, pp. 44 sq.

2. Un projet de loi émané de la Corporation des Jurisconsultes du ressort de la Cour d'appel de Paris a proposé que la transformation n'entraînât pas création d'une société nouvelle, même si elle était accompagnée d'un changement d'objet, d'une prorogation de durée, d'une augmentation ou d'une réduction de capital (art. 1er *b* et art. 3 *a*). V. sur ce point : *Rev. Soc.*, 1943, 173.

Ainsi donc, la transformation d'une société se définit en un changement de forme qui laisse subsister la personnalité morale de la société. Lorsque la société perd, dans l'opération de conversion, sa personnalité morale, il n'y a pas « transformation », mais dissolution suivie de reconstitution. Il est donc parfaitement oiseux de distinguer, comme l'ont fait tous les auteurs qui ont étudié les problèmes soulevés par les transformations de sociétés, selon que l'opération entraîne ou non disparition de l'être moral [1]. Lorsque la société perd sa personnalité morale et se reconstitue sous une forme nouvelle, ce sont les règles du droit commun des dissolutions et des constitutions de sociétés qui s'appliquent.

87. — *Sens exact de l'expression : « Modification des statuts ».* — Il faut préciser avec soin le sens exact que revêt l'expression : « modification des statuts ». Dans l'opinion traditionnelle, elle était utilisée lorsque la transformation de la société n'emportait pas dissolution de l'être moral. On la justifiait en disant : le changement de forme prévu par les statuts ou par la loi n'opérant pas constitution d'une société nouvelle, les formalités constitutives dont la loi a entouré l'adoption du type nouveau n'ont pas à être mises en œuvre. Il ne s'agit donc que de modifier les statuts de la société antérieure.

Mais une précision s'impose à cet égard depuis la voie ouverte par l'arrêt de la Chambre civile du 17 juin 1936. Cet arrêt, posant en règle générale que toute société qui change de forme doit satisfaire aux conditions constitutives du nouveau type qu'elle choisit, on conçoit que les statuts de la société première seront non seulement modifiés, mais aussi complètement réécrits, selon le nombre et l'importance des règles de constitution de la nouvelle société qui devront être suivies. Il importe d'attirer l'attention sur cette terminologie. Il ne paraît pas utile, malgré tout, de troquer l'expression traditionnelle « modification des statuts » pour une autre. Il suffit de l'employer en sachant ce qu'elle contient.

Le décret-loi du 30 octobre 1935 a spécifié que les formalités de publicité prescrites pour la constitution des sociétés anonymes sont applicables aux modifications statutaires (v. article 55 L. 24 juillet 1867, réd. D.L. 30 octobre 1935). Il en résulte donc que la modification des statuts qui traduit la transformation de la société devra être publiée. Il n'est pas nécessaire, théoriquement, d'établir de nouveaux statuts quand la société se transforme. Mais, en fait, il faut publier la transformation qui s'analyse comme une modification des

---

1. V. à titre d'exemple : Louis Baudouin qui, hanté par cette distinction aussi inutile qu'encombrante, en a fait application à l'étude des nullités en matière de transformation des sociétés (« Le régime des nullités dans les transformations de sociétés », *Sem. Jur.*, 1936, pp. 65 sq.). Cet article fournit un exemple typique de l'erreur à éviter.

statuts. Et comme, la plupart du temps, les associés qui changent la forme de leur société font, à la faveur de cette opération, des changements de détail, pas assez importants sans doute pour défigurer l'être moral positif au point d'en constituer un nouveau, mais assez importants tout de même pour être publiés, les statuts ainsi modifiés sont en général assez circonstanciés, et il faut insister sur cette publication dont l'ampleur peut souvent équivaloir à celle de la publicité d'une société qui se crée.

Sont soumis à l'enregistrement obligatoire les actes relatifs à la condition juridique des sociétés. La modification des statuts qui révèle le changement de forme y est donc soumise. Le droit d'enregistrement est actuellement le droit fixe de 690 francs (ce taux a été fixé par le décret 51-32 du 9 janvier 1951).

§ 2. — Distinction de la transformation et d'hypothèses voisines : la fusion et la nationalisation.

88. — En ce qu'elle n'emporte pas la disparition de la personnalité de la société, la transformation d'une société se distingue essentiellement des opérations de fusion et de nationalisation qui, toutes deux, par des moyens différents, entraînent la disparition de l'être moral primitif.

I. — Transformation et fusion.

89. — *Remarques générales.* — Il y a, au point de vue de l'économie d'un pays, le plus grand intérêt à opérer la concentration des moyens de production dans certaines branches d'industries déterminées, surtout dans celles qui nécessitent d'importants capitaux. Les avantages d'une telle concentration sont évidents : les frais généraux sont réduits, la répartition du travail est meilleure, car la concurrence disparaît. Les trusts, les cartels sont une expression de ce phénomène économique [1]. La fusion des sociétés également.

Tout comme l'opération de transformation, la fusion est de création prétorienne. Le Code de commerce l'ignore à peu près complètement. L'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions (réd. L. 16 novembre 1903) fait une allusion furtive et incidente à cette opération. Le régime de la fusion des sociétés repose presque exclusivement sur des textes fiscaux. L'extrême complexité du Droit fiscal, en perpétuel renouveau, rend la recherche difficile. La fusion apparaissant comme une nécessité économique, le législateur a accordé ses

1. *Cf.* Glier, *Zur neuesten Entwicklung der amerikanischen Eisen-Industrie ;* Grunzel, *Uber Kartelle.*

faveurs à cette opération sous forme d'allégements de charges fiscales. C'est à cet égard qu'il importe au plus haut point de définir le terme de fusion et de voir s'il recouvre ou non une hypothèse semblable à la transformation.

90. — *Le Droit fiscal est favorable à l'opération de fusion.* — Le Droit fiscal s'est toujours montré favorable aux opérations de fusions de sociétés, et cette tendance n'a fait que s'accentuer. Il est tout à fait remarquable, notons-le au passage, que les fusions de sociétés soient ainsi favorisées, à une époque où l'opinion est peu favorable, d'une manière générale, aux concentrations d'entreprises qui aboutissent fatalement aux cartels ou aux trusts.

Tout récemment, un décret du 30 juin 1952 est venu modifier, dans le sens d'une amélioration, le régime fiscal applicable aux fusions de sociétés.

Au sens de l'article 717 nouveau du Code général des impôts, les fusions de sociétés anonymes en commandite par actions, ou à responsabilité limitée, continuent à être dispensées du droit de transcription et de la taxe hypothécaire. Mais la prise en charge du passif ne donne ouverture qu'au droit fixe de 140 francs (575 francs sous l'empire de l'ancien Code de l'enregistrement) [1].

La législation nouvelle installe en outre (art. 719 nouveau du Code général des impôts) un régime permanent et un régime temporaire.

Le *régime permanent* ? Désormais, la taxe additionnelle est supprimée [2]. Seul le droit d'apport est perçu, mais à des taux différents : 1,40 % sur le capital appelé et non remboursé, 6 % sur la partie de l'actif apporté par les sociétés fusionnées qui excède le capital appelé et non remboursé.

Etrange contradiction de la législation fiscale : ce régime permanent est applicable à toutes les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, même celles qui ont seulement opté, alors que les dispositions de l'article 717 nouveau leur sont étrangères !

Le régime temporaire ? Pour les actes enregistrés avant le 31 décembre 1953, le droit d'apport est réduit de 1,40 % à 0,25 % et de 6 % à 3 %. Le droit de 1,40 % (actuellement 0,25 %) est à acquitter dès la présentation à la formalité. Le droit de 6 % (actuellement 3 %) peut être payé en trois versements égaux.

Comme on le voit, le Droit fiscal favorise les fusions de sociétés [3]. Il peut y avoir, par conséquent, le plus grand intérêt à déguiser une opération sous le masque d'une fusion, en vue d'échapper au joug du fisc. La transformation des sociétés commerciales peut-elle être

1. Cependant, la taxe sur la première mutation continuera à être éventuellement perçue, en sus du droit fixe.

2. Le décret du 9 janvier 1951 l'avait fixée à 12 %.

3. Malgré la bienveillance du législateur vis-à-vis de la fusion, la Chambre civile, dans un arrêt du 15 novembre 1949 (*Rev. Soc.*, 1950, 23), a décidé que lorsqu'une société absorbe une autre société dont elle possède des actions,

camouflée sous cette forme ? En d'autres termes, les deux notions de fusion et de transformation sont-elles assez proches pour être confondues ?

91. — *Nature juridique de la fusion.* — Deux ou plusieurs sociétés peuvent être amenées à se réunir dans le but d'accroître leur force. Au point de vue économique, la fusion peut recouvrir des concentrations horizontales (ce sont deux entreprises, au même stade de production, qui fusionnent entre elles, deux mines, deux fonderies par exemple) ou verticales (les entreprises ne sont plus au même stade de production : fusion d'une mine et d'une fonderie, dans notre exemple). La fusion peut se réaliser par absorption ou annexion (une société absorbe l'autre) ou par création d'une société nouvelle (les deux sociétés disparaissent pour former une troisième). L'ensemble des auteurs est d'accord pour définir la fusion par la formule suivante : la fusion est un contrat par lequel deux ou plusieurs sociétés mettent en commun leur personnel et leurs biens pour ne plus constituer qu'une société unique, soit que toutes deux disparaissent au profit d'une personne morale nouvelle, soit que l'une d'elles subsiste et absorbe l'autre ou les autres [1]. Cette définition permet de distinguer la fusion de notions économiques voisines qui produisent le même effet. Tel est le cas des *Konzerne,* où un seul homme (ou une seule société) détiennent la majorité des actions d'une autre société. L'opération a lieu sans que les membres de la société aient été consultés. Les banques servent d'intermédiaires [2]. Il n'y a pas là une fusion, car il n'y a pas de contrat. La fusion se distingue des *Omniums* ou *Holding Companies* ou *Dachgesellschaften,* des associations de sociétés (cartels, pools, corners, trusts), parce que ces associations, par définition même, supposent la survivance de l'être moral, dans chacune des sociétés associées. La fusion suppose la disparition de la personnalité morale d'au moins une société, ce qui la distingue de la location par une société de son matériel à une autre [3], de l'amodiation, qui n'est qu'un mode d'exploitation et laisse subsister la société amodiante [4].

---

cette opération rendait exigible le droit d'apport édicté par l'article 445 de l'ancien Code de l'enregistrement sur l'actif total de la société absorbée, y compris la fraction de cet actif représentée par les titres de la société absorbante, s'il n'est fait aucune réserve relativement à l'attribution de cette fraction d'actif à titre d'allotissement. La volonté des parties paraît impressionner l'administration de l'enregistrement (V. en ce sens l'instruction de l'administration n° 4183, § 28).

1. V. par exemple Gompel, thèse Paris, 1908, pp. 83 sq. ; B. Auger, *Rev. Soc.*, 1925, p. 50.

2. L'exemple de Hugo Stinnes est demeuré classique. En octobre 1920, il absorba le Bochümer Verein Bergbau und Gussstahlfabrikation, les Gräzer Eisenwerke et l'Alpine Montan A. G. par l'intermédiaire de la banque Hertzfeld, de la Diskonto-Gesellschaft, de la Banque pour le commerce et l'industrie et de la National Bank (V. *Rev. Soc.*, 1924, 101).

3. Cass. req., 1er juillet 1892 (*D.*, 93-1-390).

4. Trib. com. Seine, 26 février 1923 (*Rev. Soc.*, 1923, 337).

Le terme « fusion » implique la réunion d'au moins deux sociétés préexistantes, soit que l'une absorbe l'autre, soit que l'une et l'autre se confondent pour constituer une société unique. En conséquence, l'opération qui consiste dans la reprise d'une partie de l'actif d'une société ancienne unique par une société nouvelle formée en vue de cette reprise, ne réalise pas une fusion véritable [1]. Il importe cependant de noter, à ce dernier point de vue, qu'une solution de la régie du 17 mars 1948 [2] a étendu, moyennant certaines conditions, les avantages fiscaux prévus en faveur des fusions de sociétés aux opérations consistant en l'absorption totale et simultanée par deux ou plusieurs autres qui se répartissent entre elles l'actif de la société absorbée. Bien qu'un auteur [3] réserve la justification de cette mesure à l'égard des seules opérations consistant dans l'absorption de cette société par des sociétés préexistantes et en refuse l'application (ce qui est conforme à la solution de la Chambre civile [4]) à l'hypothèse d'une société qui divise son actif entre deux ou plusieurs autres constituées à cette fin, il semble que cette dernière opération soit, au point de vue fiscal, assimilée à une fusion et bénéficie à ce titre des dispositions de l'article 210 du Code général des impôts à condition que la société bénéficiaire de l'apport soit de nationalité française et que l'apport ait été préalablement agréé par le commissariat général au plan de modernisation et d'équipement [5]. La fusion doit être distinguée de la transformation, car à l'inverse de la transformation, elle implique nécessairement la disparition d'une personne morale au moins [6]. Dans le cas d'absorption, la personnalité morale de la société absorbée disparaît. L'opération revêt la forme d'une augmentation de capital pour la société qui absorbe. Lorsque plusieurs sociétés fusionnent, elles perdent leur personnalité pour donner naissance à une société nouvelle [7]. Dans les deux cas, il y a dissolution et apport. L'apport apparaît comme le dernier acte de la société qui fusionne, en vertu de la théorie de la personnalité morale.

Il importe d'autant plus de distinguer les deux opérations que la fusion peut s'opérer entre des sociétés de formes différentes et l'on pourrait croire qu'il y a là transformation pure et simple. Mais ce

---

1. V. Cass. civ., 28 janvier 1949 (*D.C.*, 1946-1-168).
2. R. E. 12.305, 46.
3. Gustave George, « Questions diverses d'ordre fiscal », IV (*Journ. Soc.*, 1950, p. 58).
4. V. arrêt du 28 janvier 1946 (précité).
5. V. H. Lecompte (*Journ. Soc.*, 1950, pp. 17 sq.) ; R. E.. 12.437, 89.
6. Il arrive parfois qu'une société, au cours de sa vie, connaisse les deux opérations. Témoin cette société civile qui se transforme en société anonyme, fonctionna quelque temps sous cette forme et fit un apport fusion à une société anonyme plus importante. V. Trib. civ. Seine, 7 décembre 1949 (*D.*, 1950-1-198).
7. V. en ce sens Gompel, *op. cit.*, p. 86.

serait oublier que la transformation, par définition même, n'intéresse qu'une société à la fois. La fusion en intéresse plus d'une : des sociétés qui coexistaient s'unissent pour n'en former qu'une, une société est absorbée par une société déjà existante. La fusion peut s'accompagner d'un changement de forme ou d'objet (dans toutes les hypothèses de concentration verticale). Ces changements requièrent le quorum irréductible des trois quarts au moins du capital social, aux termes de l'article de la loi du 24 juillet 1867 (réd. L. 1er mai 1930). La fusion pourrait faire songer à la transformation à laquelle elle ressemble, du moins, superficiellement, lorsqu'il existe un changement de forme consécutif à la fusion. Mais il ne faut pas oublier que, dans ce cas, il y a liquidation de la société fusionnée. L'existence d'une société nouvelle, la perte de la personnalité qui en est la conséquence juridique, ne permettent pas la comparaison avec l'hypothèse de transformation, au sens étroit que nous assignons à ce terme. En effet, transformation signifie simple changement de forme sans disparition de l'être moral qui survit à la métamorphose. Lorsqu'une société abandonne sa forme, et se dissout, tombe en liquidation avant de choisir une autre forme, l'être moral succombe à l'opération et il n'y a pas transformation proprement dite. Nous pensons cependant que quelques problèmes juridiques sont communs à la transformation et à la fusion. Citons par exemple la question de savoir, au cas où il n'y aura pas identité de forme entre les deux sociétés fusionnées, si le changement de forme consécutif à la fusion ne comportera pas augmentation des engagements des actionnaires d'une société par actions qui se transforme et ne nécessitera pas, à ce titre (aux termes de l'art. 31, L. 24 juillet 1867, réd. L. 1er mai 1930), l'unanimité des voix. Bien que les statuts aient prévu et permis la fusion, ce quorum doit être respecté [1]. On applique les règles de constitution et on efface sur le registre du commerce les anciennes inscriptions pour y mettre la nouvelle. C'est à cette hypothèse qu'il faut rattacher la nationalisation des sociétés de gaz (L. 8 avril 1948). Les sociétés antérieures devaient disparaître pour faire place à une nouvelle : la Société nouvelle du Gaz de France. Nul n'étant censé d'ignorer la loi, on a estimé qu'il n'était pas utile d'opérer une inscription au registre. La loi décidait en outre que la part d'actif qui ne serait pas affectée au transport du gaz ou de l'électricité, si elle était représentée par des titres en portefeuille, ne serait pas nationalisée. On remet alors ces titres aux anciens actionnaires qui peuvent faire une société nouvelle pour exploiter cette part d'actif. Faut-il voir là une fusion ? Non, car une nouvelle société s'est formée pour recueillir l'actif qui n'a pas été nationalisé. Il s'agit d'une succession de sociétés, mais non d'une

1. Cass, req., 4 juillet 1934 (*Journ. Soc.*, 1935, p. 350 ; *S.*, 1934-1-329, note H. Rousseau).

fusion dont la notion implique l'existence de deux sociétés différentes. L'intérêt pratique de la distinction est dû au caractère avantageux du régime fiscal des fusions [1].

II. — Transformation et nationalisation [2].

92. — *Evolution historique des nationalisations. Divers types.* — Depuis la fin de la première guerre mondiale, la politique libérale qui avait été celle du XIX^e^ siècle et du début du XX^e^ a subi un déclin sérieux. De plus en plus, l'Etat n'a cessé de manifester son ingérence. Timidement tout d'abord, il est arrivé à contrebalancer dans les domaines de la production qui éveillaient son intérêt, l'activité des particuliers, en utilisant la formule de compromis qu'est la société d'économie mixte. Puis la seconde guerre mondiale, en faisant apparaître la nécessité d'assurer l'organisation unitaire de la production, lui a fourni le prétexte de préciser son intrusion pour arriver à une politique d'expropriation pure et simple : la nationalisation. Et si la création récente de sociétés d'économie mixte a paru aux yeux de certains manifester un abandon de cette politique, le recul n'est qu'apparent, car les sociétés d'économie mixte, dans leur dernier stade, marquent de la part de l'Etat un progrès hardi par rapport aux formules anciennes. Avec la technique des nationalisations, le législateur a contracté certaines habitudes que l'on retrouve dans l'organisation des nouvelles sociétés dites d'« économie mixte », au point que celles-ci, en réalité, malgré leur nom, ne constituent rien d'autre qu'une nuance, un aspect particulier de nationalisation.

L'ingérence de l'Etat atteignit son point culminant avec la politique de nationalisation. Justifiant ses agissements par le souci de l'intérêt économique, financier et politique de la nation, désirant éliminer les capitalistes de la direction et du profit des grosses entreprises, le gouvernement se livra à une expropriation pure et simple de certaines entreprises que dirigeaient des particuliers [3]. Tour à tour furent nationalisés les transports aériens (ord. 26 juin 1945), la Banque de France et les grandes banques (L. 2 décembre 1945 mod. L. 8 avril 1946), les Sociétés nationales de constructions aéronautiques (art. 46 de la loi

---

1. Nous verrons que le concept de transformation, moins précis en Droit allemand que chez nous, a permis aux auteurs d'outre-Rhin de confondre cette notion et celle de fusion (v. *infra*, n° 96).

Le Droit anglais connaît, sous le nom de *amalgation*, le phénomène de fusion de sociétés. Cette opération est réglementée par la section 287 du Compagnies Act de 1948. V. sur ce point : *Palmer's Company law*, 19 th. ed., pp. 438 sq.

2. Voir pour une bibliographie méthodique sur les nationalisations, ADRIAN, *Droit social*, 1947, 358.

3. Sur tous ces points : v. RIPERT, *Le déclin du Droit*, n° 65 sq. et WALINE, *Droit social*, 1945, pp. 84 sq.

du 5 avril 1946, mod. L. 21 mars 1947 et décret du 13 mai 1948), l'électricité et le gaz (L. 8 avril 1946, mod. L. 21 octobre 1946 et L. 12 août 1948), certaines sociétés d'assurances (L. 25 avril 1946), les charbonnages et houillères (décrets du 16 janvier 1947). La plupart du temps, ce sont les entreprises exploitées sous la forme de sociétés par actions qui ont été nationalisées, ce qui a facilité l'expropriation [1]. Toutes les compagnies d'assurances n'ont pas été nationalisées, mais seulement les plus puissantes, celles qui pouvaient être considérées comme des fiefs capitalistes. Certaines lois de nationalisation ont cependant une portée très générale qui déborde le cadre des sociétés anonymes. C'est ainsi, par exemple, que les dispositions spéciales de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, concernent divers organismes, expressément visés, dont les sociétés d'intérêt collectif agricole. Il semble donc que le texte s'applique à une société civile particulière rurale, concessionnaire de distribution d'électricité, constituée sous la forme d'une société coopérative agricole [2].

La loi du 28 février 1948, portant organisation de la marine marchande, créa la Compagnie des Messageries Maritimes et réorganisa la Compagnie Générale Transatlantique. La loi du 16 juin 1948 créa de même la Compagnie Nationale Air France. Ces deux lois ont prétendu créer des sociétés d'économie mixte, fonctionnant sous la forme anonyme. Mais il est facile de se rendre compte, en lisant les deux textes, que ces sociétés ne ressemblent en rien aux sociétés d'économie textes, que connaissait notre Droit entre les deux dernières guerres [3]. La Compagnie Air France, à la constitution de la société, ne comporte qu'un actionnaire : l'Etat. Il n'y a pas de formalité de vérification des apports, l'apporteur, l'Etat, étant en même temps l'unique associé. Par la suite, l'Etat doit céder 30 % des actions, soit à des collectivités ou établissements publics français, soit à des personnes privées, physiques ou morales. Détenant 70 % des actions, il va sans dire que le contrôle de la société appartient à l'Etat. Les statuts doivent être approuvés par décret pris en conseil des ministres. La Compagnie Générale Transatlantique, remplacée par l'Etat, avait accepté, avec la loi du 20 juillet 1938, le caractère des sociétés d'économie mixte. Cela ne suffit pas à l'Etat qui, dans la loi du 28 février 1948, accentue son contrôle. L'article 18 de la loi précise qu'il devra posséder une majorité absolue dans toutes les assemblées. Tous les administrateurs sont nommés par décret, de même que le président du conseil d'administration. Des règles analogues régissent la Compagnie des Messa-

1. Ripert, *op. cit*, p. 205.

2. V. réponse du ministre de l'Industrie et du Commerce (*J.O.*, Ass. nat., 2 juillet 1949, p. 4120).

3. V. l'étude critique de ces deux lois par MM. Dalsace et Ripert, « Les sociétés d'économie mixte de transports aériens et maritimes », *Revue Soc.*, 1949, pp. 1 et suiv. *Adde* : J. Rivero, *Droit social*, 1949, 204.

geries Maritimes où l'Etat est également le maître absolu des statuts. Comme on le voit, les intérêts des particuliers sont tellement sacrifiés, les activités privées sont si étroitement réglementées, surveillées, orientées par l'Etat qui dirige tout, que l'on peut assimiler les dispositions des 28 février 1948 et 16 juin 1948 à de véritables nationalisations.

Cela étant, il s'agit maintenant de savoir si la perturbation apportée dans la vie d'une entreprise, d'une société, par un acte de nationalisation ou de création de société d'économie mixte (au sens que le législateur récent donne à ce terme), peut s'analyser en une « transformation », c'est-à-dire en un changement de forme, au résultat d'une modification statutaire [1].

93. — *Caractères d'une nationalisation.* — Les éléments de solution du problème sont relativement aisés à trouver. Si le texte des nombreuses lois de nationalisation ne livre aucun indice sur le maintien ou l'abolition de la personnalité morale de la société qui a subi la nationalisation, nous possédons par contre un excellent critère pour savoir ce qu'il est advenu du sort de l'être moral primitif. La transformation d'une société n'emporte pas dissolution de l'être moral primitif lorsqu'il n'y a eu entre les deux formes de sociétés aucune interruption, lorsque la disparition de la première forme ne s'est accompagnée d'aucune dissolution, d'aucune liquidation. A cette condition, l'être moral subsiste et, par exemple, la société à responsabilité limitée, issue d'une société anonyme par voie de transformation, peut se voir opposer les obligations contractées par la société sous son ancienne forme. Ce critère est infaillible. Nous le retrouverons sous des aspects variables, tout au long de notre étude. Or, il est certain que la nationalisation implique dissolution et liquidation de la société primitive (les textes sont formels) [2] et que les contrats signés par l'ancienne société ne sont pas opposables à la nouvelle.

Les transferts de propriété qui accompagnent les nationalisations se présentent sous la forme d'une expropriation, pour cause d'utilité publique. Ils sont ordonnés par une loi, dictés par des considérations d'intérêt public et entraînent une indemnité au profit des propriétaires dépossédés (les actions sont remplacées par des obligations négociables) dans le cas des anciennes sociétés de charbonnages, d'électricité et de gaz, Gnome et Rhône, les transports aériens et la Banque de France [3]. L'opération se réalise, en pratique, de la manière suivante : un décret pris en Conseil d'Etat pose la nécessité de la nationalisation.

---

1. V. *supra*, n° 86.

2. L'article 15 de la loi du 8 avril 1946 emploie l'expression de « société dissoute ».

3. V. sur ces points : VEDEL, « La technique des nationalisations », *Droit social*, 1946, pp. 49 sq.

L'autorité judiciaire, considérée en vertu d'une très vieille idée comme pouvant seule assurer la protection des intérêts privés, prononce alors la dissolution de la société. L'actif et le passif sont évalués, les droits des actionnaires discriminés. Et le patrimoine de la société dissoute est alors transféré à la nouvelle société nationale [1]. Les droits des anciens actionnaires sont transformés en droits de créance. Les articles 9 et 10, alinéa 2, de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz précisent bien que ce droit à indemnisation est réservé aux seuls actionnaires et ne constitue pas, dès lors, un élément du patrimoine de ces sociétés transféré au service national. De nombreuses décisions récentes ont décidé que cette indemnité est forfaitaire et que son versement aux actionnaires éteint tous les droits susceptibles d'être invoqués au titre de l'ancienne exploitation [2]. Quoiqu'il en soit, et si les modalités de liquidation de la société frappée de nationalisation diffèrent de celles de la liquidation ordinaire des sociétés commerciales [3], il n'en reste pas moins que la société préexistante est dissoute et que son patrimoine fait l'objet d'un transfert de propriété [4].

La société nationale nouvelle ignore les obligations qu'a pu contracter la société à laquelle elle fait suite. L'article 19 de la loi du 8 avril 1946 permet à l'Electricité de France de dénoncer les contrats civils et commerciaux passés avec les particuliers et comportant des engagements dont le terme dépasse le 1er janvier 1948. Le Tribunal de commerce de la Seine eut l'occasion, le 14 février 1949, de préciser que ces dispositions s'étendaient aux contrats passés par les particuliers et comportant des engagements dont le terme dépasse cette même date, ainsi qu'aux contrats passés par une entreprise nationalisée avec un concessionaire de service public [5]. Par un jugement en date du 3 mai 1950 [6], le Tribunal civil de la Seine déclara irrecevable l'action dirigée après sa nationalisation contre une société nationalisée à raison de faits antérieurs à cette nationalisation. Et le Tribunal prend même le soin de préciser que la personnalité morale de la société houillère a disparu le jour de sa nationalisation.

---

1. V. Gérard Lyon-Caen, « Les diverses formules de nationalisation », *Droit social*, 1945, p. 42.

2. Conseil de préfecture de Versailles, 21 février 1949 ; Conseil de préfecture de Montpellier, 28 mars 1949 ; Conseil d'Etat, 15 juillet 1949 (*D.*, 1950, I, pp. 59 sq. et la note Blaevoet).

3. Trib. Seine, 20 juin 1947 (*Rev. d'Electricité et de Gaz de France*, numéro du 9 décembre 1947, p. 488).

4. La question de savoir si une société qui n'a été que partiellement nationalisée et qui n'a pas subi de liquidation peut agir en justice ayant conservé sa personnalité juridique, est très controversée. Malgré les divisions de la jurisprudence, il semble bien que la jurisprudence utilise le principe de la liquidation comme critère. V. Conseil de préfecture de Nantes, 22 février 1949; Cons. de préf. de Châlon-sur-Marne, 15 décembre 1949 ; Cons. de préf. Versailles, 26 octobre 1949 (*D.*, 1950-1-508 et note Blaevoet).

5. Trib. com. Seine, 14 février 1949 (*S.*, 1949-2-104 ; *J.C.P.*, 1949, 4841).

6. *D.*, 1950-1-445.

94. — *Nature juridique de la nationalisation.* — Les deux indices précédents (dissolution de la société et ignorance de ses obligations par la société nationale qui lui fait suite) indiquent de manière absolue que la personne morale primitive a disparu. Les deux signes auxquels nous avons reconnu que la société primitive avait perdu sa personnalité sont la conséquence d'un fait très grave : la société a changé de nature juridique. De personne morale, de Droit privé, elle a été promue personne de Droit public.

Chose curieuse, la transformation des sociétés commerciales implique un changement de régime comme suite à un changement de forme, mais avec les mêmes éléments, le même capital, avec les mêmes propriétaires et le même objet. La nationalisation révèle un changement de régime mais sans changement de forme. La révolution est interne mais profonde. Les associés disparaissent, le capital change de mains, l'objet change. Et d'ailleurs, est-il bien sûr que la forme antérieure subsiste ? On doit en douter. Les sociétés nationalisées qui ont emprunté au Droit commercial la forme anonyme n'appliquent pas, tant s'en faut, la loi de 1867 trait pour trait. Les dispositions de cette loi s'appliquent dans la mesure où elles ne contreviennent pas à la lettre ou à l'esprit des lois de nationalisation (c'est le cas de la Compagnie Air France). L'article 23 de la loi du 28 février 1948 portant organisation de la marine marchande précise que la Compagnie Générale Transatlantique et la Compagnie des Messageries Maritimes relèvent de la juridiction commerciale et sont soumises aux mêmes impôts. Cette loi ayant par ailleurs posé avec minutie force règles dérogatoires à la législation des sociétés anonymes, on a bien l'impression que l'article 23 énumère les deux seuls points de ressemblance de ces sociétés d'économie mixte avec la société anonyme traditionnelle. Le législateur a revu et corrigé la loi de 1867 à l'intention des entreprises nationalisées. Ce droit commercial accommodé n'en est pas un. C'est une imitation, et l'on peut douter que la forme de la société subsiste. Les caractéristiques de la société anonyme telle que la réglementa la loi du 24 juillet 1867 sont méconnaissables. Il n'y a plus qu'un seul actionnaire, alors que l'article 23 de la loi de 1867 précise : « la société ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept. » Il n'y a pas lieu à la procédure de vérification d'apports. Une société nationalisée ne peut pas procéder à une augmentation de capital. Du fait de la déficience de l'épargne, l'Electricité de France est dans l'impossibilité de se procurer les capitaux nécessaires. Cette interdiction peut entraîner des conséquences redoutables pour l'économie d'un pays : le travail se ralentit et l'on peut craindre le pire, un arrêt total et le chômage des ouvriers [1].

Si les règles du Droit commercial classique sont tronquées, c'est que la nationalisation a eu en réalité pour effet de faire changer la

1. V. A. Sauvy, « La situation économique », *Droit social*, 1948, 132.

société de camp. L'entreprise nationalisée gère dans l'intérêt exclusif du pays le patrimoine qui lui a été dévolu. Le directeur est le représentant de la puissance publique. Il est nommé par le gouvernement. Il subit l'influence du ministre compétent. Il faut voir dans les entreprises nationalisées des personnes morales de Droit public. Quelle place prennent-elles dans le Droit public ? Certains auteurs y voient une « nouvelle catégorie autonome de services publics personnifiés, en marge de l'établissement public proprement dit » [1]. La jurisprudence suit sur ce terrain et la Cour de Pau put décider, le 24 avril 1950 [2], que le caractère de service public, qui est l'élément prédominant de la nature juridique de l'Electricité de France, est exclusif de la propriété d'un fonds de commerce et que cet établissement public ne peut donc pas invoquer les dispositions de la loi du 30 juin 1926. La nécessité d'assurer la continuité de ce service public qu'est la société nationalisée entraîne l'application de règles du droit administratif. A vrai dire, il ne s'agit pas d'un service public proprement [3] dit, et il vaut mieux, selon nous, analyser les sociétés nationalisées ocmme des corps semi-publics. Les sociétés de chasse (L. 28 juin 1941, D. du 29 août 1946) sont alimentées par les cotisations de chasseurs, individus qui chassent pour leur plaisir, mais leurs statuts sont « préfabriqués », leur président nommé par le gouvernement. L'adhésion à ces groupements est obligatoire pour quiconque veut chasser. De même, dans les associations syndicales de propriétaires dites « forcées » [4], dans les associations familiales (L. 29 décembre 1942, ord. 3 mars 1945), on retrouve la dualité d'application de règles de Droit public (l'Etat, en effet, a doté ces organismes de prérogatives spéciales, en fonction de leur but) et des règles de Droit privé que justifie l'organisation de ces corps qui est professionnelle et confiée à des particuliers. Le Conseil d'Etat, statuant sur l'Ordre des médecins, affirma la nature hybride de cet organisme dans une formule qui doit être retenue :

> Si le conseil supérieur de l'Ordre des médecins ne constitue pas un établissement public, il concourt au fonctionnement dudit service [5].

Les comités d'organisation (supprimés par la loi du 26 avril 1946, mod. L. 9 avril 1947, mais pas complètement d'ailleurs puisque des « organismes de répartition » ont été conservés) étaient également des corps semi-publics. L'exemple de ces organismes, dont la classifica-

---

1. De Laubadère, *Manuel de droit administratif*, p. 237.
2. *D.*, 50, sommaire, p. 54.
3. V. en ce sens Luchaire, « Les statuts des entreprises publiques », *Droit social*, 1947, p. 257.
4. V. à leur sujet : Trib. des conflits, 9 décembre 1899 (*S.*, 1900-111-49, et note M. Hauriou. *Adde :* DL. 8 août 1935.
5. Arrêt Bouguen, Conseil d'Etat, 2 avril 1943 (*D.C.*, 1944, 52 et note Donnedieu de Vabres).

tion embarrasse le juriste, nous conduit à voir dans la société nationalisée un corps semi-public. Le but de l'activité de la société est orienté vers le souci de l'intérêt collectif. L'Etat, seul associé, dirige tout. Et si les particuliers, dans les activités organiques de la société, jouent un rôle, il ne faut pas oublier qu'ils sont, vis-à-vis de l'Etat, dans une position subalterne. Leur présence cependant a pour conséquence l'application aux sociétés nationalisées de certaines règles de Droit privé. C'est ainsi que le conseil des prud'hommes est compétent pour connaître des litiges relatifs à l'exécution des contrats de travail entre une société nationalisée (dans les espèces reportées ci-dessus, il s'agissait de l'Electricité de France) et son personnel [1]. Dans leurs rapports avec les tiers et leur personnel, les sociétés nationalisées agissent comme des sociétés privées [2].

La nationalisation, comme la perte de nationalité, emporte dissolution de la personnalité morale d'une société. La société qui renonce à la loi française va désormais fonctionner sous une forme, un type juridique qui sera peut-être identique (les lois suisses et allemandes sur les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ne diffèrent pas sensiblement de nos lois de 1867 et de 1925 et il est bien certain que la société à responsabilité limitée française est plus proche de la G.m.b.H. allemande que de notre société en nom collectif), mais elle fonctionnera sous une loi différente. De même, la société nationalisée a un mode de gestion différent de la société qui l'a précédée. Le nouveau mode de gestion est organisé selon des règles de Droit public. La personne morale primitive a disparu. La société a changé de camp. Cette explication est admise par les auteurs les plus récents [3].

Dans ces conditions, il est impossible de voir dans la nationalisation une variété de transformation. La pérennité de la personne morale, caractéristique de la transformation d'une société commerciale, n'existe pas dans la nationalisation qui dissout d'abord et rebâtit ensuite, mais sur d'autres bases et sur un autre terrain.

---

1. Trib. civ. Toulon, 23 mai 1950 (*D.*, 1950-663). *Adde :* Cons. Prud'h. Pau, 7 mars 1949 (*Question prud'h.*, 1949-257) ; Cons. prud'h. Toulon, 15 février 1949 (*D.*, 1949, som., 32) ; Blaevoet, commentaire de la loi du 8 avril 1946 (*D.*, 1947-99, 100), chron. *D.*, 1948, p. 22 ; *Adde* : Cass. civ. (sect. soc.), 12 juillet 1950 (*S.*, 1951-1-19).

V. *contra :* Cons. prud'h. Poitiers, 19 janvier 1949 (*Quest. prud'h.*, 1949, 187) ; Trib. civ. Vienne, 25 février 1949 (*D.*, 1949, som., 31). V. la note Durand, *Droit social*, 1949, 341.

2. Cour d'Aix, 30 novembre 1949 (*Rev. Soc.*, 1950, p. 143). Rendu à propos de la Société nationale d'entreprises de presse, l'arrêt livre des réflexions intéressantes sur la nature juridique des entreprises nationalisées (*in fine*).

3. V. Escarra et Rault, *Tr. théorique et pratique de droit com.*, t. I, 1950, n° 42 b. *Adde :* Ripert, *Tr. de dr. com.*, n° 1429.

SECTION IV

DROIT COMPARE

95. — Le Droit français admet que tous les types de sociétés possèdent la personnalité morale. Cette constatation est d'un grand secours pour la détermination de la nature juridique de la transformation des sociétés. Il n'en va pas de même dans les Droits allemand et anglais, où certaines sociétés seulement sont des personnes morales. Il en résulte une grande confusion quant au problème de la transformation dont la nature est mal définie.

§ 1. — DROIT ALLEMAND.

96. — Le Droit allemand distingue soigneusement entre les « *Juristische Personen* » (*Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) ou « personnes juridiques » auxquelles il reconnaît la personnalité morale et les « *Gesellschaften* » (*offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft et Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* [1]. Les sociétés du second groupe n'ont pas la personnalité juridique. Quelle est leur nature juridique ? La doctrine allemande dominante (*herrschende Lehre*) y voit une société construite sur le principe de la « *gesamte Hand* » (propriété en main commune) [2]. Le détail du développement est le suivant. Prenons l'exemple de la *offene Handelsgesellschaft* qui constitue le type le plus pur de *Gesellschaft*. Son origine se situe sur le terrain de l'économie privée. D'après le vieux Droit allemand, les fils, à la mort de leur père, ne se partageaient pas l'héritage mais continuaient l'affaire paternelle sous forme de pacte de succession réciproque ou ganerbiat (*Ganerbschaft*) d'après le principe de propriété commune basé, on le sait, sur la communauté des pertes et des bénéfices (*auf gemeinsamen Gedeih und Verderb*). Les dettes étaient communes à tous les héritiers. Cette idée s'introduisit dans les villes et donna lieu à des « contrats de société » (*Gesellschaftsverträge*) construits sur le modèle de la *gesamte Hand* [3]. La *offene Handelsgesellschaft* est fortement marquée de ce caractère familial [4].

---

1. Cette société correspond à notre société civile. Elle est réglementée par le Code civil allemand : §§ 705, ff. B.G.B.

2. V. en ce sens : GIERKE, *Archiv Bürg.*, 19, 116 ; LEHMANN-RING, *S.* 332, Bd. I, Vorbem. zu, §§ 105, H.G.B. ; DURINGER-HACHENBURG, *Anm.* 13 zu, § 105, *S.* 359.

3. Le premier contrat de société de ce modèle est celui des frères FUGGER, tisserands d'Augsourg, établi en 1494 et imprimé chez Jansen (*S.*, 263).

4. Le contrat des frères FUGGER porte en effet « ...brüderlicher Handel und Gesellschaft » (commerce entre frères et société). Voir JANSEN (*S.* 263).

Le Droit allemand, en ce qui concerne la nature juridique de l'opération de transformation de société, a subi une évolution notable. Pendant longtemps, il n'existait pas de concept unique de la *Umwandlung*. C'est déjà ce que remarquait le *Reichsgericht* (Tribunal d'Empire) en 1910 :

> Le Code civil et le Droit commercial, lorsqu'une société se transforme en une autre ne connaissent pas de concept commun, c'est-à-dire une modification dans la nature juridique d'une société qui laisserait cependant intacte l'identité de la personne juridique [1].

Les Allemands n'ont souvent vu dans la transformation qu'un phénomène économique. Lorsque la loi emploie le terme de *Umwandlung*, par exemple, dans les prescriptions des paragraphes 307, 332, 334 du Code de commerce (H.G.B.) et des paragraphes 80, 81 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée, elle entend par ce mot un fait économique et non un fait juridique. Une évolution légale particulièrement intéressante permit progressivement à la *Umwandlung* d'éviter l'opération de liquidation-reconstitution pour arriver à se définir, comme chez nous, en une modification statutaire. Cette évolution comporte trois stades.

Avant la législation nazie, le Droit commercial allemand possédait diverses prescriptions légales sur la transformation des sociétés commerciales et civiles. Ces dispositions légales admettaient des principes contradictoires. Si le Code de commerce, au chapitre de la transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme, voyait dans l'opération une simple modification des statuts (« les règles relatives à la modification du contrat de société trouvent application ici ») [2], la transformation se réalisait en général sous la forme d'une novation [3]. On devait s'y résoudre toutes les fois que la loi n'avait pas prévu une procédure plus simple et moins coûteuse. Le mode de cette transformation, que Lehmann appelle justement *Umgründung* [4] (reconstitution) est le suivant : les associés décident la création d'une société nouvelle. Ils la créent et la font enregistrer au registre du commerce. Ensuite, ils transmettent le patrimoine de l'ancienne société à la nouvelle à l'aide d'un contrat d'aliénation distinct. Et c'est à partir de la conclusion de ce contrat que la société nouvelle répond des dettes de l'ancienne [5].

Dans un second stade plus évolué, la *Umwandlung* était définie comme un changement, sur la base d'un contrat de transformation de

---

1. 1910, im Bd. 74, S., 6.
2. § 332, 11 H.G.B.
3. Ennecerus-Lehmann, § 75, 3 a. ; § 75, Anm. 2.
4. § 419, B.G.B.
5. § 419, B.G.B.

l'obligation (ce que les auteurs appellent : *Schuldumwandlungsvertrag* [1]. L'exemple en est fourni par la loi sur les sociétés à responsabilité limitée qui précise que la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée ne peut être réalisée que par la voie d'une dissolution suivie de reconstitution [2]. S'il n'y a juridiquement que peu de différence entre cette hypothèse et la précédente, économiquement il y avait un gain incontestable car les actes de dissolution, reconstitution et transmission du patrimoine étaient exécutés simultanément [3]. La liquidation était évitée. La *Umwandlungsgesetz* du 5 juillet 1934 adopta ce point de vue en permettant à une société de capitaux de transmettre à une autre société de capitaux ou à une société de personnes son patrimoine en excluant la liquidation (*unter Ausschluss der Liquidation*). Cette transmission pouvait s'opérer à une société déjà existante ou à un seul associé (*verschmelzende Umwandlynd*) [4] ou bien à une société créée simultanément (*errichtende Umwandlung*).

Le dernier stade de l'évolution fut atteint par la loi du 30 novembre 1937 sur les sociétés par actions [5]. Cette loi permet la transformation sans perte de son identité (*unter Wahrung der Identität*), d'une société de capitaux (en commandite par actions, anonyme ou à responsabilité limitée) en une autre société de capitaux et la transformation d'une société minière en société anonyme ou en commandite par actions [6]. L'opération est analysée comme un contrat de modification de l'obligation (*Schuldabänderungsvertrog*) [7]. C'est un acte interne (*interner Gesellschaftsakt*) correspondant à une nouvelle rédaction du contrat de société (*eine Neufassung des Gesellschaftsvertrags*). Il s'agit simplement d'une modification des statuts : *Satzungsänderung* [8]. La loi de 1937 emploie elle-même cette dernière expression à plusieurs reprises [9].

Aux termes de cette évolution, le terme de *Umwandlung* a réussi à prendre le sens exclusif qu'il a chez nous : modification des statuts. En excluant l'idée de novation, la notion de transformation introduite

---

1. Ennecerus-Lehmann, § 756.
2. *S.*, 80-81, Gmbh.-Ges. *Adde :* Brodmann, Gmbh.-Gesetz zu, § 80, Anm. 1 : Scholtz, Gmbh.-Gesetz, zu, § 80, Anm. I, 3.
3. § 81, Abs. I Gmbh.-Ges.
4. Il s'agit là à vrai dire d'une véritable hypothèse de fusion. D'ailleurs, cette situation est parfois désignée sous le nom de fusion sans liquidation (*liquidationslose Fusion*). V. sur ces points : W. Funk, *Die Umwandlung von Handelsgesellschaften unter Wahrung der Identität*, thèse Heidelberg, 1940, p. 15.
5. Aktiengesetz, *R.G.B.I.* I, *S.*, 107.
6. §§ 257 et 287 de la loi.
7. Ennecerus-Lehmann, § 76, 111 c. § 42, 11.
8. Karl Lehmann, *Handelsrecht*, § 95, 9 c. *Adde :* Gessler, In der Zeitschritf « deutsches Gemein und Wirtschaftsrecht, v. 1 März, 1937, *S.*, 1 ff.
9. §§ 257, 260, 263, 269, 278, 282, 286, 287.

dans le Droit commercial par la loi de 1937 rejoint la notion que le Droit des biens (*Sachenrecht*) connaît [1].

Malgré les progrès réalisés par le Droit allemand, il importe de noter que le Droit français est plus libéral, car il reconnaît à la volonté des contractants, en dehors de l'existence d'une autorisation légale, le pouvoir par des prévisions statutaires, de sauvegarder la pérennité de la personnalité de leur société. En Droit allemand, la transformation emporte disparition de l'être moral et création d'une nouvelle personne morale lorsque la loi n'a rien prévu.

§ 2. — Droit anglais.

97. — Le Droit anglais connaît la notion de personnalité morale. Sous le nom de *Corporation Sole,* il reconnaît une personnalité juridique ininterrompue au roi et aux détenteurs successifs de certaines fonctions, aux évêques, aux pasteurs [2] et aux curés des paroisses. Pour des raisons historiques, ce système n'a pas produit d'excellents résultats. Mais c'est là une conception que les Anglais jugent utile et différentes lois en ont étendu l'application à quelques officiers publics tels le *Postmaster-general* et le *Public trustee* [3].

La notion de personnalité juridique a également pénétré dans le droit des sociétés. Mais le Droit anglais ne considère pas toutes les sociétés comme des personnes morales. Nous retrouvons une division bipartite semblable à celle du Droit allemand.

Dans un *premier groupe* se trouvent rangées les sociétés qui n'ont pas la personnalité civile : ce sont les *partnerships*. Le *Partnership Act* du 14 août 1890 définit, dans sa section I, ce type de société comme suit :

> La *partnership* est le rapport qui lie les personnes qui exploitent en commun une affaire ou une entreprise en vue de réaliser des bénéfices (*carrying on a business with a view of profit*).

Il s'agit là de la *ordinary* ou *Common law partnership*. Dans l'ensemble, cette société correspond à notre société en nom collectif. A la différence de la *partnership* écossaise, la *partnership* anglaise n'est pas une personne morale [4]. Une loi du 28 août 1907 [5], à l'imitation de la société en commandite simple des pays latins, a introduit dans

---

1. V. sur ce point : G. Schilling, *Drei Jahre Umwandlungsgesetz*, thèse Koln, 1937, p. 13.
2. Il s'agit très exactement des rectors qui perçoivent le tithe (qui est une sorte de dîme).
3. V. sur ce point : W. M. Geldart, *Elements of englist Law*, 4 th. ed., p. 82.
4. Section (2) of the Partnership Act.
5. 7 Edw. 7, c. 24.

le Droit anglais la *limited partnership* qui, elle non plus, ne possède pas la personnalité morale.

Dans un *second groupe* se trouvent les sociétés dotées de la personnalité civile. Ce sont les *incorporated companies* ou corporations [1]. Suivant le mode dont elles tiennent leur « incorporation » (ou investiture de la personnalité juridique), on en distingue trois sortes. Tout d'abord, les *chartered corporations* qui sont celles dont l'incorporation résulte d'une charte octroyée par le souverain dans l'exercice de ses prérogatives royales. Entre autres privilèges, la Charte contient l'octroi de la personnalité juridique. Sous ce régime fonctionnent toutes les vieilles institutions corporatives, les entreprises municipales, les universités, les collèges, la B.B.C. On trouve ensuite les sociétés auxquelles la personnalité a été attribuée par le Parlement [2]. En premier lieu, celles à qui la personnalité a été octroyée par une loi spéciale (*special act*) : ce sont les *statutory companies*. Citons par exemple les entreprises d'utilité publique (construction de barrages) et, avant la nationalisation, les entreprises de chemins de fer et d'électricité. En second lieu et enfin, nous trouvons les sociétés dont l'incorporation résulte d'une loi générale du Parlement (*general act*). La dernière de ces lois est le *Companies Act* de 1948 qui distingue les *private companies* (qui offrent à peu près les caractéristiques de notre société à responsabilité limitée) et les *public companies* (qui peuvent être comparées à nos sociétés anonymes).

La transformation des sociétés anglaises n'offre guère de particularités intéressantes. Le fait que le Droit anglais ne reconnaît pas la personnalité morale à toutes les sociétés empêche que le problème de la transformation se pose de la même façon qu'en Droit français. Le procédé le plus courant par lequel la transformation d'une société est réalisée en Angleterre est celui d'une liquidation (*winding up*) suivie de la constitution d'une nouvelle forme. A part des questions fiscales, ce procédé ne présente aucun intérêt juridique. Signalons cependant une pratique originale pour parvenir à la transformation d'une *partnership* en *company* : les associés transformateurs commencent par constituer d'abord une *company* et vendent ensuite l'affaire de la *partnership* à la *company* non contre argent mais en échange de parts dans la *company*. La transformation d'une *private company* en *public company* est réglementée par la loi [3].

La transformation des *public companies* en entreprises nationalisées est réglementée par chaque loi de nationalisation.

Le Droit anglais admet la théorie de la fiction. On considère en Angleterre comme capitale (*cardinal distinction*) la distinction, dans

---

1. V. Clive M. Schmitthoff, « La réforme du Droit anglais des sociétés » (*Rev. Soc.*, 1946, pp. 131 sq.).

2. Le Parlement autorise le registre des sociétés à délivrer un certificat d'inscription.

3. Companies Act., section 30.

une *incorporated company,* de la personne morale et des associés [1]. Mais le respect quasi superstitieux que les magistrats britanniques vouent à la notion de personnalité juridique porte à croire que le Droit anglais, malgré les affirmations des auteurs qui prétendent avec sir Francis B. Palmer que la personnalité juridique « *is a metaphysical identity, a convenient fiction of law, but with no physical existence* [2] » admet sous ce terme un fondement qui apparente la théorie anglaise à la théorie de la réalité des personnes morales. Un exemple tiré d'une espèce très connue illustrera cette tendance à l'interprétation judaïque. Il s'agit de l'affaire Salomon, v. Salomon et C° Ltd [3].

Le Droit anglais ne semble pas s'être soucié de qualifier juridiquement l'opération de transformation des sociétés. Il utilise la plupart du

---

1. V. *Palmer's Company Law,* 19 th. ed., p. 42.

2. *Palmer, op. cit.,* p. 41. *Adde* : Lord G.-R. Selborne, Ry v. Turner, 1872, L. R., 8 Ch., app. 152 ; L.-J. Cotton, Flitcroft's Case (1882), 21 Ch., *D.* 536 ; J. Cave, in Re Sheffield, etc., Society (1889), 22 Q.B.D.. 476 ; Lord Macnaghten, Salomon v. Salomon et C^ie^ (1897), A.C. 22, 51.

3. Un riche marchand de cuir, Salomon, pour s'assurer les avantages d'une responsabilité limitée, décidé de transformer son entreprise en *Company.* Il était alors en parfait état de solvabilité. L'opération effectuée, il prit 20.000 des parts représentant le capital et sa femme, sa fille et ses fils en prirent chacun une. Salomon reçut, en outre, 10.000 livres sterling par le moyen d'un emprunt hypothécaire. C'est la validité de ces coupons hypothécaires qui fut mise en question dans le procès. Le juge Williams-J. Vaughan fut d'avis que A. Salomon et C^ie^ Ltd. s'identifiaient en une seule personne, Salomon, et que la société était une *one man company.* Ce magistrat concluait que Salomon devait payer les créanciers sociaux de sa propre poche, bien que ses parts fussent entièrement libérées. La Court of Appeal confirma cette position. mais sur une autre base : sur le motif que toute l'opération révélait une fraude à la loi et que le législateur n'avait jamais eu l'intention d'autoriser une *company* qui se composât d'un associé véritable et de six hommes de paille (dummies) non intéressés à l'affaire. Cette décision fut cassée par la House of Lord's (1897, A.C. 22). Le lord chancellier Halsbury (*ibid. at.,* p. 30) et lord Macnaghten (*ibid. at.,* p. 50) estimèrent que le texte de la loi ne prévoyait pas expressément que l'un des associés ne devait pas avoir dans la company une position trop forte par rapport à celle de ses coassociés (*that there should be anything like a balance of power in the constitution of the company*). Cette décision fit jurisprudence (v. notamment : Farrar v. Farrars, Ltd., [1888], 40 Ch., *D.,* 395 ; North West Transportation C^ie^ v. Beatty [1887], L.R. 12 App. Cas., 589 ; Burland v. Earle [1902], A.C. 83).

Nul doute que des magistrats français, pour faire échec à la fraude en semblable hypothèse, eussent transgressé le texte de la loi et négligé de tenir la société pour une personne distincte. Ce respect du texte qui exerce presque une fascination sur l'interprète, est typiquement anglais. Les lois (*Acts*) étant l'œuvre de personnalités marquantes, les magistrats anglais, appartinssent-ils à la House of Lords, se gardent d'en interpréter les termes. Cette tendance explique également pourquoi la Doctrine, en Droit anglais, se borne à un pur rôle de commentaire. Jamais un arrêtiste (*law reporter*) ne se permettrait de critiquer la décision d'un juge. Cette idée explique enfin comment le principe de l'autorité du précédent judiciaire (*authoritative precedent*) qui possède une force obligatoire (*binding force*) constitue le fondement du Droit anglais.

temps pour transformer une société un procédé analogue à celui que le Droit allemand utilisait sous le nom de « novation » ; on créé d'abord une société et on transmet le patrimoine de l'ancienne société à la société nouvelle, contre remise de parts (*shares*).

Le seul cas où une loi anglaise s'occupe de la transformation se trouve dans la section 30 du *Companies Act* de 1948. Il s'agit de la conversion d'une *private company* en *public company*. Il semble bien que l'on puisse analyser l'opération en une « modification des statuts » puisque ledit texte emploie l'expression : « *If a company being a private company, alters its articles...* ». La *private company* qui se transforme devra envoyer au registre des sociétés, dans les quatorze jours qui suivront la décision de transformation, un formulaire qui tiendra lieu de publicité. Ce processus est simple. La formation d'une *public company* étant très compliquée (certificat d'inscription au registre des société, certificat de commerce, réunion statutaire, etc.), on assiste en pratique à l'utilisation de la section 30 du *Companies Act* de 1948 pour la formation d'une *public company*. Les associés forment d'abord une *private company*, ce qui va sans difficulté et recourent ensuite à la section 30 pour transformer leur société [1].

1. V. *Palmer's Company Law*, 19 th. ed., pp. 358 sq.

CHAPITRE II

CONDITIONS IMPOSÉES PAR L'ADOPTION DE LA FORME NOUVELLE POUR RÉALISER LA TRANSFORMATION

98. — La transformation d'une société, et c'est là un leit-motiv qui doit être toujours présent à l'esprit de celui qui se penche sur les problèmes qu'elle engendre, n'est rien d'autre qu'un changement de forme. Et si la solution de la question a pu être longtemps différée par une jurisprudence incertaine, le problème apparaît aujourd'hui avec suffisamment de netteté pour que l'on puisse, à coup sûr, poser et répéter à toute occasion que le simple changement de forme n'emporte jamais création d'un être moral nouveau. Il semble, dès lors, bien inutile d'envisager les difficultés que peut poser le changement de forme, selon qu'il est ou non générateur d'une société nouvelle. L'utilité de cette double optique est d'autant moins évident que l'hypothèse de « transformation emportant création d'un être moral nouveau », au résultat des recherches des auteurs qui se sont engagés dans cette voie, ne révèle aucune caractéristique propre. Il y a, dans cette hypothèse, dissolution de la société, avec l'application de toutes les règles du droit commun qui accompagnent, au double point de vue civil et fiscal, les dissolutions en général. La dissolution est suivie d'une reconstitution qui n'offre, elle non plus, rien de particulier, puisqu'elle impose à la société qui change de forme dans ces conditions le respect de toutes les règles constitutives du droit commun.

La question est donc, en général, mal posée, et il importe de l'asseoir sur d'autres données. Peut-être alors risquera-t-on de faire avancer la solution du problème. La seule façon logique de le poser, selon nous, revient à rechercher dans quelle mesure la société qui change de forme est assujettie au respect des conditions dont la loi entoure la constitution du type qu'elle adopte en se transformant. En d'autres termes, il s'agit de dégager un critère général.

En dépit d'opinions opposées, les auteurs avaient tout de même réussi à se rencontrer parfois sur des terrains neutres. Et ils admettaient que certaines règles constitutives, imposées pour la création

d'un type de société, doivent être respectées, dans le cas où le changement de forme n'affecte pas la personnalité morale de la société qui adopte ce type en se transformant [1].

Mais la Cour de cassation, par un arrêt du 17 juin 1936, a mis un point final aux difficultés en proposant un critère satisfaisant et définitif.

Nous ferons application de ce critère aux solutions qui divisaient les auteurs, tenant les autres pour acquises, en envisageant les règles que doit respecter toute société qui se transforme en société d'un type différent.

SECTION I

RECHERCHE D'UN CRITERE GENERAL

§ 1. — Divisions de la doctrine.

99. — La loi a entouré la création des sociétés commerciales d'un certain nombre de formalités et de règles qui varient avec chaque type.

Au cas de transformation, quelles sont les règles que doit respecter la société qui change de forme pour l'adoption du nouveau type ? La pérennité de l'être moral n'étant pas affectée, par hypothèse, va-t-on pouvoir se dispenser de remplir les conditions que la loi a prévues pour la constitution de la société dont la personne morale déjà existante sous une autre forme adopte le type ? A l'inverse, devra-t-on respecter toutes les conditions qui entourent la création du nouveau type ou seulement celles jugées les plus importantes ?

L'étude de la jurisprudence et de la doctrine dénote l'embarras le plus absolu à cet égard. Les réponses aux questions précédentes ont, pendant longtemps, manqué de certitude et révélé des contradictions. L'indigence des textes, en ce domaine essentiellement prétorien qu'est la transformation des sociétés, n'a pas peu contribué à ces hésitations. Il a fallu attendre 1936 pour que la Cour de cassation, par un arrêt retentissant, vînt trancher définitivement les controverses.

100. — Les auteurs de droit commercial émettaient des opinions divergentes. Ils proposaient divers critères empiriques que leur suggé-

---

1. La nécessité d'assurer à la société une vie cohérente conduisait les auteurs à admettre par exemple que la société qui se transforme doit procéder à la création des organes de surveillance et de gestion que la loi a prévus pour chaque type particulier.

raient des solutions d'espèces. Valables chacun en soi, ces critères ne concordaient pas, car ils admettaient des contenus différents. Au reste, la question est tellement complexe que les auteurs, après avoir posé une affirmation rigoureuse, introduisaient, lorsqu'ils entraient dans le détail des explications, tant d'exceptions et de distinctions, que le fil directeur en était perdu.

Cependant, leurs opinions avaient fini par se grouper autour de deux systèmes.

Les uns proposaient de distinguer les conditions de fond et les conditions de forme [1]. La société qui change de forme sans que sa personnalité en soit altérée devra se soumettre aux seules règles caractéristiques du nouveau type qu'elle adopte, car ce sont des règles de fond. Elle pourra négliger, par contre, les règles de pure forme qui ne se rattachent pas forcément au type choisi. Dans le cas d'adoption du type de la loi du 7 mars 1925, le capital de la société transformée devrait être au minimum de 50.000 francs (25.000 francs avant le décret-loi du 14 juin 1938), divisé en parts sociales de 100 francs au minimum, entièrement libérées. Les autres conditions prescrites par la loi de 1925 pourraient être négligées, y compris, bien entendu, la règle de l'évaluation des apports en nature, considérée comme règle de pure forme [2].

Ce critère est très arbitraire. On ne voit pas, en particulier, à quel titre refuser à la règle de l'évaluation des apports en nature la qualité de règle de fond, alors qu'on la reconnaît à la libération intégrale des parts sociales, pour ne citer que cet exemple.

Aussi d'autres auteurs avaient-ils proposé de distinguer les règles qui ont un caractère permanent, durable, inhérent au type adopté (par exemple, nombre minimum des actionnaires, nature des droits sociaux, organes de gestion ou de contrôle). Ces règles devraient être respectées au cas de transformation. Par contre, les règles qui n'ont qu'une application instantanée et « consistent en une déclaration ou en un contrôle qui se fait, une fois pour toutes, à l'heure où la société vient à la vie ou reçoit des apports, qui intervient au moment où le capital social se crée ou s'augmente... » [3] (ce qui est le cas précisément de la vérification des créances ou de la déclaration notariée dans les sociétés par actions), à moins d'un texte formel le précisant, pourront être négligées.

---

1. Chambaz et Leblond, *Sociétés*, n° 1683 ; Mourlaque, thèse Paris, 1927, pp. 161 sq.

2. V. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 7e éd., n° 1001 et les références.

3. Cette opinion a été soutenue par M. Cordonnier : « Faut-il évaluer les apports en nature lorsqu'une société en nom collectif prend la forme à responsabilité limitée ? » (*Journ. Soc.*, 1937, pp. 135 et 136). V. dans le même sens : Piot, *Sociétés à responsabilité limitée*, 2e éd., Supplément, n° 65 ; Pic, note sous Cass. civ., 17 juin 1936 (*D.P.*, 1938-1-9).

Ce critère est incomplet lui aussi. Forgé à l'occasion d'une hypothèse déterminée, dans le but précis de dispenser les sociétés qui se transforment en sociétés à responsabilité limitée de la règle de l'évaluation des apports en nature, le raisonnement se détruit par lui-même en faisant de cette formalité une règle instantanée. C'est faire bon marché de la responsabilité qui se prolonge, à dater de la formation de la société de la loi de 1925, pendant dix ans, et qui menace les associés. Si cette règle n'est pas une règle permanente, l'on admettra qu'elle est au moins durable, puisque, à moins de réparation du vice en temps utile, sa sanction peut affecter la situation personnelle des associés pendant un délai de dix années [1].

La Cour de cassation, le 17 juin 1936, rendit une décision dont la généralité des termes fait un arrêt de principe. Cette décision propose un critère satisfaisant : *l'intérêt des tiers.*

§ 2. — Critère de l'arrêt de la Chambre civile du 17 juin 1936 : l'intérêt des tiers.

101. — Accueillie par un concert de protestations [2], la décision du 17 juin 1936 a cependant résisté à l'épreuve du temps et influencé la jurisprudence commerciale en des matières voisines [3]. Des chroniques et ouvrages récents lui rendent hommage [4].

A. — L'arrêt du 17 juin 1936.

102. — Deux frères avaient transformé la société en nom collectif qui existait entre eux en société à responsabilité limitée, en ayant pris

---

1. V. dans le même sens : D. Bastian, « A propos de la transformation des sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée » (*Journ. Soc.*, 1945, p. 91, n° 11).

2. A. Chifflet, « A propos d'un arrêt récent de la Cour de cassation : la transformation des sociétés en sociétés à responsabilité limitée et l'évaluation des apports » (*Rev. Soc.*, 1937, p. 110) ; P. Cordonnier, article précité (*Journ. Soc.*, 1937, pp. 129 sq.) ; P. Pic, note précitée (*D.P.*, 1938-1-9) ; Defrénois, *Rép. not.*, 1936, art. 24.698.

3. Il faut tout d'abord signaler que la Chambre des requêtes, dans une hypothèse identique à celle de l'arrêt de 1936, a rendu une décision identique : Cass. req., 2 mai 1939 (*Sem. Jur.*, 1939-1173). La non-libération des parts d'une société à responsabilité limitée, problème qui est lié à la règle de l'article 8 de la loi de 1925, a été sanctionnée par la Chambre civile le 29 novembre 1948 (*Journ. Soc.*, 1950, 24). Les actions d'apports des sociétés anonymes ne sont pas négociables dans les deux ans qui suivent la constitution définitive : Cass. civ., 18 octobre 1949 (*Journ. Soc.*, 1950, 20).

4. D. Bastian, « A propos de la transformation des sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée » (*Journ. Soc.*, 1945, pp. 81 sq.) ; G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1948, n° 830 et sa note, sous Caen, 24 janvier 1949 (*Rev. Soc.*, 1949, 397).

soin de faire précéder cette opération de l'insertion aux statuts d'une clause de transformation qui portait la formule suivante :

Ils (les associés) déclarent qu'au jour de la transformation, l'actif de la société est au moins égal au montant du capital social.

Après avoir fonctionné près de deux ans sous sa nouvelle forme, la société dut déposer son bilan et solliciter le bénéfice de la liquidation judiciaire, qu'elle obtint. Le passif social dépassait 1.150.000 francs et l'actif ne fut réalisé que pour 340.000 francs. Le liquidateur, agissant en cette qualité, assigna les deux associés en nullité de la société à responsabilité limitée et en déclaration de faillite conjointe, tant de la société, prise comme société en nom collectif de fait, que des deux défendeurs, considérés comme n'ayant jamais cessé (la transformation en société à responsabilité limitée étant annulée) d'avoir la qualité d'associés en nom, personnellement et solidairement responsables du passif social. Le moyen de nullité était déduit du « défaut d'évaluation des apports en nature dans l'acte de transformation » (loi du 7 mars 1925, art. 8 et 9). On aperçoit tout de suite l'intérêt que cette action en nullité présentait pour les créanciers sociaux : si le Tribunal faisait droit à la demande du liquidateur, ils retrouvaient en face d'eux des associés en nom collectif, indéfiniment et solidairement responsables. Ainsi, le résultat tiré de la nullité de la société à responsabilité limitée conférait, s'il réussissait, aux créanciers postérieurs à la transformation, les mêmes garanties (la responsabilité conjointe et indéfinie des associés) que l'évaluation des apports en nature dans l'acte de transformation eût pu leur offrir (article 8 de la loi de 1925).

Par jugement en date du 15 avril 1931 [1], le Tribunal de commerce de Roanne accueillit favorablement la thèse du demandeur. Mais la Cour de Lyon réforma ce jugement par arrêt en date du 18 décembre 1931 [2].

La Cour de cassation (Chambre civile) cassa la décision de la Cour de Lyon, le 17 juin 1936 :

La Cour,

Sur le moyen unique : — Vu les articles 8, 9, 41 de la loi du 7 mars 1925;

Attendu que le régime d'une société à responsabilité limitée ne saurait être différent, suivant qu'elle existe sous cette forme par transformation d'une société d'autre nature déjà existante ou qu'elle a été constituée telle dès l'origine; que, notamment, dans l'un et l'autre cas, les garanties léga-

1. *Journ. Soc.*, 1931, 683, note LECOMPTE, et *Rev. Soc.* 1932, 88, avec la note AUGER.
2. *Journ. Soc.*, 1932, 357, note H. L., et *Rev. Soc.* 1932, 95, avec la note AUGER.

lement assurées aux tiers et les responsabilités corrélatives des associés, éléments spécifiques de ce genre de sociétés, doivent être identiques;

Mais attendu que si, dans la société à responsabilité limitée, les associés ne sont tous tenus que jusqu'à concurrence de leur part d'intérêt, et si la loi n'impose aucune procédure de vérification d'apports, ces avantages ou facilités ont comme contre-partie des obligations compensatrices et celle, en particulier, d'évaluer les apports en nature, le défaut d'évaluation ou l'évaluation soit frauduleuse, soit simplement inexacte, comportant des responsabilités et des sanctions auxquelles les associés transformateurs, pas plus que les fondateurs, ne peuvent être autorisés à se soustraire;

Attendu que l'utilité de l'évaluation prescrite par l'article 8 apparaît spécialement lorsque la société transformée était une société en nom collectif, puisque, en ce cas, les apports n'ont été originairement soumis à aucune vérification ni contrôle; d'où il suit qu'en statuant ainsi qu'il l'a fait, l'arrêt attaqué a violé les textes de loi ci-dessus visés;

Par ces motifs, — Casse...

La décision de la Cour peut aisément se résumer.

La loi, dans l'intérêt des tiers et comme contre-partie aux avantages que procure aux associés la société à responsabilité limitée, a fait peser sur ces derniers l'obligation d'évaluer les apports en nature, sous la sanction de la responsabilité solidaire. Cette obligation est tellement essentielle qu'il n'y a pas lieu de distinguer le cas de constitution originaire ou de constitution par voie de transformation pure et simple. Telle est la thèse de la Chambre civile.

Cette thèse est révolutionnaire, puisque tous les auteurs, sans exception, affranchissaient du respect de l'article 8 de la loi de 1925 les sociétés qui adoptaient le type à responsabilité limitée et qui comprenaient dans leurs biens des apports en nature [1]. Il est facile de comprendre qu'une telle décision, qui se heurtait à une tradition solidement établie, ne fût pas acceptée d'emblée [2].

---

1. V. Auger, *Rev. Soc.*, 1925, 192; Lepargneur, *Journ. Soc.*, 1925, 389; Piot, *Tr. des S.A.R.L.*, pp. 69 et 70; Drouets, *Des S.A.R.L.*, n° 214-C; Pic et Baratin, *Des S.A.R.L.*, n° 426; Houpin et Bosvieux, *Tr. des Soc.*, 6e éd., n° 1026.

2. Il faut cependant noter le changement d'opinion de M. Auger, qui était arrivé à admettre le respect de l'article 8 au cas de transformation. Dès 1925, cet auteur, au cours de l'étude précitée dans cette *Revue*, corrigeait par une distinction (p. 321) le rigorisme de l'avis émis à la page 192: « Si la transformation est pure et simple, sans évaluation nouvelle du capital, nous ne croyons pas nécessaire de remplir les formalités de l'article 8; il suffira de renvoyer aux actifs constitutifs de la société anonyme et, les apports ayant été régulièrement approuvés, de décider que les tiers n'ont aucune action contre les apporteurs, malgré l'estimation trop forte donnée à leur apport. Si, au contraire, la transformation est accompagnée d'une mise au point du capital par l'estimation de l'actif à sa valeur vraie ou prétendue telle, alors les associés seront responsables pendant dix ans de l'exactitude de cette estimation. » Enfin, M. Auger confirma cette opinion avec plus de force dans les notes qu'il écrivit sous Trib. civ. Corbeil, 18 février 1930 (*Rev. Soc.*, 1930, 161) et Trib. com. Roanne, 15 avril 1931, et Lyon, 18 décembre 1931 (*Rev. Soc.*, 1932, 88).

B. — Accueil de cette décision par la Doctrine. Appréciation critique.

103. — Le texte de l'arrêt est très précis et ne laisse aucune place à la confusion. La rédaction est courte, mais sa clarté ne permet pas l'interprétation. Le seul tort des magistrats de la Cour suprême serait peut-être d'avoir cru bon de préciser dans leur dernier attendu que l'utilité de l'évaluation des apports en nature apparaissait spécialement lorsque la société transformée était une société en nom collectif, « puisque, en ce cas, les apports n'ont été originairement soumis à aucune vérification, ni contrôle ». Mais il ne faut voir, selon nous, dans cette interprétation, qu'un subsidiaire, un moyen *a fortiori* qui provient uniquement de l'application concrète, à l'espèce dont la Cour était saisie, du principe général posé dès le début de l'arrêt.

L'ensemble des critiques adressées contre cet arrêt se réclame d'une interprétation stricte, judaïque, de la loi de 1925. On peut les grouper sous trois chefs principaux. L'article 8, prétend-on tout d'abord, ne vise que l'hypothèse de constitution d'une société et ignore l'hypothèse de la transformation qui laisse subsister l'être moral primitif. Or, étant donné qu'il n'y a pas constitution, il n'y a pas apport et il est inutile et impossible de respecter la prescription de l'évaluation des apports en nature. En dernier lieu, fait observer la critique, les tiers ne sont pas menacés. La loi les protège et, du reste, ils peuvent toujours défendre leurs intérêts en prouvant que la transformation est entachée de fraude.

Ces arguments portent à faux, et l'arrêt de la Chambre civile est parfaitement justifié et justifiable, selon nous, sans que les principes du droit aient à en souffrir.

104. — PREMIÈRE CRITIQUE : *L'article 8 de la loi du 7 mars 1925 ne vise à la lettre que la société qui se crée originairement.* RÉFUTATION. — L'article 8 de la loi de 1925, comme ses termes le montrent, ne vise à la lettre que la société qui se crée originairement sous la forme à responsabilité limitée, écrit M. Cordonnier[1]:

> L'acte de société doit contenir l'évaluation des apports en nature. Les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature. L'action en responsabilité résultant des dispositions du paragraphe précédent se prescrit par dix ans à partir de la constitution de la société.

Lorsqu'une société en nom collectif se transforme en société à responsabilité limitée, comme l'article 41 de la loi de 1925 l'y autorise expressément, cette transformation n'entraîne pas par elle-même création d'une société nouvelle. L'être moral subsiste dans son identité.

---

1. *Journ. Soc.*, 1937, p. 137, n°s 9 et 10. V. de même: PIC, note au *Dalloz*, 1938-1-9, et CHIFFLET, *Rev. Soc.*, 1937, pp. 109 sq.

Aucun patrimoine nouveau ne surgit. Il n'y a pas de constitution proprement dite. Nul passage de la loi de 1925 n'étend la prescription de l'évaluation des apports en nature au cas de transformation, transformation qui se différencie grandement d'une constitution.

Or, conclut M. Cordonnier, plus une loi est minutieuse, plus il convient de donner une interprétation stricte à ses termes.

Le même auteur écrit ailleurs [1] que rien n'autorise, en principe, en l'absence d'un texte formel, à étendre à un être moral qui demeure et continue, sous une nouvelle étiquette juridique, des prescriptions organisées en prévision seulement d'un patrimoine social qui se crée.

Ces arguments sont faibles. La prescription de l'article 8 n'est pas édictée en prévision seulement d'un patrimoine social qui se crée. En effet, lorsqu'il y a augmentation du capital d'une société à responsabilité limitée par voie d'apports en nature, le patrimoine social existe déjà. Il ne se crée pas. Il augmente simplement. Et pourtant, la prescription de l'article 8 continue à jouer [2]. L'article 8 n'a pas cependant prévu expressément cette hypothèse. Pourquoi refuser à la transformation d'une société les solutions que la jurisprudence donne pour l'augmentation du capital ? Certes, l'"article 8 ne vise que la « constitution ». Mais cette prévision n'exclut pas du tout la transformation pure et simple. L'adoption d'un nouveau type de société se traduit bien par une constitution dans tous les cas. Il ne s'agit pas d'une « constitution » *lato sensu,* puisque, prévue par la loi ou les statuts, l'adoption du type nouveau n'emporte pas création d'une nouvelle personne morale, mais d'une « constitution de société à responsabilité limitée ». Il y a constitution d'une forme nouvelle, qu'on le veuille ou non. La précision a son importance. Ce double aspect du problème, qui n'est pas une simple querelle de mots, a échappé aux auteurs classiques [3]. La personne morale existe indépendamment de

---

1. *Op. cit.*, n° 7, *in fine.*

2. Lille corr., 4 janvier 1937 (*S.*, 1937-2-134; *Journ. Soc.*, 1938, 242). Voy. Bosvieux, *Journ. Soc.*, 1926, 321; Drouets, *Gaz. Sociétés*, 1926, 211.

3. V. *supra,* n° 19. Signalons néanmoins que certains auteurs, dès avant la loi du 22 novembre 1913, conseillaient, en cas de transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme, sans atteinte à la personnalité morale de la société primitive, de faire nommer des administrateurs et des commissaires de la société anonyme par une assemblée constitutive. Le motif invoqué était que, malgré la pérennité de l'être moral, il y avait cependant, par le fait de transformation, constitution de société anonyme. V. sur ce point: Floucaud-Pénardille, *Soc. par act.*, n° 632; Goirand, *Soc. com.*, n°s 816 et 931; Rousseau, *Soc. com.*, n° 2641; Vavasseur, *Soc. civ. et com.*, 6e éd., n° 377; Houpin, n° 368. V. note Ch. Houpin, sous Cass. req., 26 octobre 1910 (*Journ. Soc.*, 1911, 110). Dans un arrêt du 29 décembre 1931 (*D.P.*, 1932-1-41), la Chambre des requêtes, tout en reconnaissant que la transformation n'a pas emporté disparition de l'être moral préexistant, parle de « société nouvelle » pour désigner la seconde forme de société qui a succédé à la première.

la forme qu'elle revêt. Le type juridique qu'elle adopte est une sorte de vêtement qu'elle endosse pour apparaître au public. Rien n'interdit de faire entrer cette acception dans la compréhension de l'article 8, et cette interprétation large est d'autant plus vraisemblable que le souci permanent du législateur de 1925, et qui se reflète tout au long du texte de cette loi, a été la sauvegarde de l'intérêt des tiers.

105. — DEUXIÈME CRITIQUE *: Lorsqu'il n'y a pas apport concomitant à la transformation, on ne peut exiger une évaluation.* — Le second ordre de critiques dirigées contre la décision de 1936, c'est que, quand la transformation n'entraîne pas création d'une société nouvelle, aucune transmission d'actif ne s'opère. Il n'y a donc pas apport concomitant à la transformation, soutiennent les auteurs classiques [1]. Dès lors, on ne peut pas exiger l'évaluation, au jour de la transformation, de biens qui n'ont pas à ce moment-là le caractère d'apports. Une telle évaluation est donc inutile. Elle est même impossible, car on ne peut exiger après coup l'estimation originaire des apports anciens. Pour peu que la société soit ancienne, son actif se sera complètement renouvelé. Certains éléments auront disparu, remplacés par d'autres. La valeur de l'actif se sera tellement modifiée que cette évaluation rétrospective sera sans intérêt pour les tiers et « elle risquera, si l'entreprise est en perte, de les abuser gravement sur la situation actuelle, la seule qu'il leur importe de connaître » [2].

Cet argument est assez rigoureux et semble d'autant plus fort que la Cour suprême n'a guère donné de précisions. Il semble, toutefois, que la Cour ait voulu dire que l'on devait évaluer les biens en nature existant dans l'actif net de la société au moment de la transformation. M. Cordonnier reproche à la Chambre civile d'avoir fait une confusion malheureuse entre « apports en nature » et « actif social au moment de la transformation » [3]. Il remarque, avec raison, que la loi de 1925 ne précise nulle part une telle évaluation. M. Bastian, qui professe l'opinion contraire, donne à l'arrêt de 1936 une portée très large et l'interprète en faveur de la nécessité d'une concordance entre le capital social et l'actif de la société à responsabilité limitée [4].

Ces deux opinions sont trop extrémistes et semblent oublier que la Cour n'a statué que pour l'hypothèse où l'actif social de la société qui se transforme comprend des biens en nature. Le problème, au fond, est assez simple [5].

---

1. V. CORDONNIER, CHIFFLET, PIC, *op. cit.*
2. PIC, *op. cit.*
3. *Op. cit.*, n° 12.
4. *Op. cit.*, n°s 12, 13, 14.
5. La proposition de loi émanée de la Corporation des Jurisconsultes de la Cour d'appel de Paris, le 18 novembre 1942 (*Rev. Soc.*, 1943, 171), précise, en son article 3 : « ... Mais la société transformée doit ramener son capital au montant de l'actif net lors de la transformation, si cet actif est inférieur. »

106. — RÉFUTATION : *L'article 8 de la loi de 1925 doit être respecté, car il ne fait que consacrer, comme l'article 7, la règle générale de libération des parts.* — Le respect de l'article 8 est d'autant plus impérieux, en cas de transformation, qu'il se peut que les biens en nature, constitutifs du capital social, aient été hypothéqués depuis la constitution de la société sous son type initial (nom collectif ou société anonyme). Il se peut aussi que ces biens aient perdu de la valeur pour d'autres raisons (immeubles détériorés, machines usées ou en mauvais état de fonctionnement). Dès lors, le capital de la société à responsabilité limitée va comprendre des biens grevés de charges, puisqu'il sera le même que celui de la société qui a précédé la forme « à responsabilité limitée ». Les parts sociales créées en remplacement des actions, des titres de la société anonyme ou des parts d'intérêt de la société de personnes auront désormais une valeur nominative qui ne correspondra pas à la valeur réelle du capital originaire dont les parts d'intérêt dans la société de personnes, les actions dans la société anonyme, créées lors de la constitution initiale de l'être moral et avant que les biens en nature qui composaient tout ou partie du capital fussent grevés de charges, étaient la traduction rigoureuse. Ce déséquilibre frauduleux que le non-respect de la règle de l'article 8 permettrait de réaliser peut et doit être évité, dans l'intérêt même des tiers, par une réévaluation des biens en nature qui se trouvent dans le capital social au moment de la transformation. Si l'on veut conserver le même chiffre de capital, il n'y aura qu'à effectuer des apports en nature ou en numéraire jusqu'à égalité de la valeur des charges. Si, pour une raison quelconque, ces apports compensatoires ne peuvent être réalisés, il sera nécessaire, croyons-nous, de procéder à une diminution du chiffre du capital.

Les auteurs n'ont pas distingué le lien qui existe entre la question des apports en nature et celle de la libération intégrale des parts. M. Bastian[1] indique qu'il serait inique qu'une société, primitivement constituée au capital de 1.000.000 de francs, après des pertes et alors que son actif réel, au moment de la transformation, n'est plus que de 500.000 francs par exemple, puisse se transformer sans réévaluer son capital. Cela est certain. Et la nullité pourrait être obtenue dans ce cas pour non-libération des parts. Il est donc parfaitement inutile d'affirmer que l'arrêt de 1936 a entendu poser une règle très générale de réévaluation de l'actif à l'occasion d'une transformation. En réalité, l'arrêt n'a tranché qu'une partie du problème, la seule dont il avait à connaître, du reste. Il a statué uniquement sur la question de savoir si l'on doit, en cas de transformation, évaluer les biens en nature compris dans l'actif social. Il s'agit, la plupart du temps, d'une réévaluation, puisque ces biens ont pu être déjà évalués une première fois, lors de la création de la société sous son type primitif. L'arrêt de

1. V. étude précitée.

1936 a imposé le respect de l'article 8, non parce qu'il s'agissait d'apports au sens technique du terme, mais parce que la règle de l'article 8 a été écrite dans l'intérêt des tiers. Le terme « apport », contenu dans cet article, est indifférent et ne saurait influencer la solution du problème. Le législateur de 1925 n'a songé qu'à l'hypothèse de constitution, et c'est la raison pour laquelle il a écrit « apport ». Mais il faut aller plus loin et pénétrer les raisons supérieures qui ont exigé l'article 8 : l'intérêt des tiers, l'intérêt du crédit. Et il est bien certain que la menace qui plane sur les tiers, lorsqu'il existe des biens en nature qui serviront de cause, de gage à la création de parts sociales, est rigoureusement la même dans le cas de constitution et de transformation. C'est cette seule préoccupation qui explique la rigueur de la Cour suprême.

La décision de 1936 est moins révolutionnaire qu'on le pense généralement. Elle ne fait que consacrer sur un point particulier la règle de la libération intégrale des parts posée par l'article 7 de la loi de 1925.

Les articles 7, 8, 9 de la loi du 7 mars 1925 forment un système à trois faces reliées par le lien intellectuel suivant : la lutte contre la fraude, la protection des tiers. L'article 7 pose un principe général : la libération intégrale des parts sociales, en numéraire et en nature. L'article 9 sanctionne ce principe par la nullité de la société. L'article 8 vise spécialement les apports en nature. Il précise tout d'abord que l'évaluation des apports en nature doit être contenue dans l'acte social. L'article 9 sanctionne cette exigence par la nullité de la société. L'article 8 précise, en outre, que l'évaluation doit être sincère, sous peine d'entraîner la responsabilité solidaire des associés. Il s'agit là d'une sanction autonome qui s'applique au seul cas de non-sincérité de l'évaluation. La loi du 7 mars 1925 est courte et rédigée avec une grande concision. On ne conçoit guère que le législateur se soit contredit en sanctionnant de nullité (art. 7 et 9 combinés) la non-libération des parts représentatives d'apports en nature et d'une simple responsabilité solidaire (art. 8) la sincérité de l'évaluation. Cette double sanction, que la jurisprudence et la doctrine reconnaissent et approuvent [1], n'est pas due à une inadvertance du législateur. Elle répond au souci que ce dernier a eu de graduer la sanction de non-libération des parts sociales, selon la gravité de l'infraction au principe d'intégrité du capital social. La clef du problème réside dans

---

1. Trib. com. Roanne, 17 avril 1935 (*Gaz. Pal.*, 1935-2-23) ; Cass. req., 7 décembre 1936 (*Gaz. Pal.*, 1937-1-159) ; Cass. req., 25 avril 1939 (*Journ. Soc.*, 1941, et note H. L.) ; Cass. civ., 16 janvier 1940 (*Jour. Soc.*, 1941, 179) ; Nancy, 7 juillet 1950 (bulletin : *La société à responsabilité limitée*, 1950, p. 104). La majorité des auteurs penchent pour la distinction des deux sanctions ; Pic et Baratin, *Soc. à resp. lim.*, 2e éd., nos 175 sq. ; Houpin et Bosvieux, *Tr. des soc.*, 7e éd., n° 1500 ; P. Cordonnier, note sous Trib. com. Nantes, 15 décembre 1930 (*Journ. Soc.*, 1934, p. 99). V. cependant *contra :* Desfrénois, *Rep. gén. notariat*, 1925, p. 41.

l'interprétation du texte de l'article 8. Lorsqu'il s'agit d'une simple inexactitude de la valeur attribuée aux apports en nature, d'une estimation peu sérieuse faite avec légèreté, volontairement ou non, la responsabilité solidaire doit seule sanctionner cette inexactitude. Mais il s'agit de savoir jusqu'où va l'inexactitude. Il y a loin d'une erreur d'inattention peu grave, simple surévaluation, à une évaluation frauduleuse. Il y a des degrés. Il est bien certain que lorsque l'inexactitude est importante, lorsque la surévaluation est hypertrophiée, elles se traduisent par une « non-libération des parts », puisque les parts émises ne représentent pas le capital réel. L'inexactitude se transforme en évaluation frauduleuse, et l'on passe de l'article 8 à l'article 7. La souplesse du système a échappé aux auteurs [1].

L'article 8 contient le germe de l'article 7. Il en est le point de départ. Son fondement n'est pas différent. Les deux articles sanctionnent le même principe, mais l'un au départ, l'autre à un stade plus évolué. Il ne s'agit donc pas de deux sanctions d'un même droit, mais des sanctions de deux droits qui représentent deux phases différentes de la même idée : garantir la sincérité du capital social dans l'intérêt des tiers. Chaque aspect du principe possède une sanction, selon le degré de l'infraction à l'obligation qu'il représente. Malgré leurs sanctions variées (mais il y a davantage, nous l'avons vu, une graduation qu'une différence), les articles 7 et 8 de la loi du 7 mars 1925 ont la même zone d'application.

Mais si cette analyse est logique et probablement conforme à la vérité, il faut retenir que la jurisprudence ignore l'analogie de ces deux textes, poussée en cela par des considérations d'utilité pratique.

Les tribunaux n'opèrent pas l'assimilation pour éviter de prononcer la nullité de la société. Ils hésitent toujours à provoquer l'anéantissement, la disparition d'un organisme tel qu'une société, à cause des conséquences fâcheuses, tant civiles que fiscales, qu'entraîne une telle disparition. C'est pour cette raison qu'ils se refusent à voir dans l'article 8 de la loi de 1925 une application de la règle de non-libé-

---

1. M. Cordonnier définit fort bien ce qu'il faut entendre par « libération d'une part sociale » (note sous Trib. com. Nantes, 15 décembre 1930, *Journ. Soc.*, 1934, p. 99) : « Par libération des parts sociales (ou du capital de la société), on doit entendre la remise par l'associé de biens dont la valeur utile pour la société, c'est-à-dire la valeur nette réelle, équivaut au montant des parts sociales attribuées en contre-partie... » Cet auteur donne même un exemple chiffré : « Si l'associé reçoit une part de 1.000 francs en échange d'un bien en nature qui n'accroît le patrimoine social que de 500 francs, les tiers devenant créanciers de la société sont trompés, puisqu'ils comptaient trouver dans l'actif social une garantie au moins égale au chiffre du capital social. » Il semble à peine croyable que l'auteur, après avoir lui-même posé cette définition et cet exemple, n'ait pas vu que la surestimation d'un apport en nature, lorsqu'elle est importante, dénonce la libération nulle ou insuffisante des parts sociales attribuées en contre-partie, défaut de libération interdit par l'article 7 et dont l'existence suffit à rendre la société nulle.

ration des parts. Cette dernière règle étant, en effet, très rigoureusement sanctionnée (par la nullité de la société), les juges estiment que la mise en jeu de la responsabilité solidaire des associés représente une garantie suffisante et refusent d'annuler la société. Cette considération conduit la jurisprudence à refuser d'appliquer l'article 7 dans des hypothèses où la non-libération des parts sociales ne fait aucun doute [1].

107. — TROISIÈME CRITIQUE : *La menace qui pèse sur les tiers est illusoire.* RÉFUTATION. — Le troisième chef des critiques revient à dire que les tiers ne sont pas menacés et que, d'ailleurs, le seraient-ils, qu'ils disposeraient d'une arme facile : faire annuler la transformation en prouvant qu'il y a eu fraude.

Le raisonnement de M. Cordonnier est le suivant [2].

Les créanciers sociaux méritent sans nul doute une protection. Mais il ne faudrait pas se méprendre sur les risques par eux courus au cas de transformation d'une société en nom collectif en société à responsabilité limitée. L'article 41 de la loi du 7 mars 1925, qui réserve « les droits des tiers », doit être interprété en ce sens que l'adoption de la forme à responsabilité limitée ne peut avoir effet d'amoindrir les droits des créanciers antérieurs à la transformation. Par exemple, les membres d'une société en nom collectif qui se mue en société à responsabilité limitée demeurent tenus au delà de leur mise des dettes antérieurement contractées [3]. Seuls ceux qui ont traité avec la société après la publication de sa transformation et sont alors devenus ses créanciers ont pour unique garantie le capital de la société à responsabilité limitée :

Ceux-là pourront souffrir du fait que l'actif de la société transformée serait inférieur au chiffre du capital social, poursuit cet auteur. Mais les mêmes dangers existent pour tous ceux qui, pendant la vie sociale, deviennent créanciers d'une société originairement constituée sous la forme anonyme

---

1. Dans l'arrêt précité du 7 juillet 1950 (inédit), affaire *Médy c/ Durull et Crouzier*, nous pensons que la Cour de Nancy a mal jugé, car, en l'espèce, il y avait davantage qu'une surestimation dans l'évaluation des apports : « ... Attendu qu'en conséquence, les apports de Médy se trouvaient être effectivement de 60.000 francs sur le camion Renault, 75.000 francs sur une voiture Citroën, soit au total 135.000 francs ; attendu qu'il est ainsi établi que les apports des deux associés s'élevaient en réalité à la somme de 260.000 francs, alors qu'ils les avaient évalués à celle de 850.000 francs... » Par ailleurs, l'arrêt précise que les associés avaient reçu chacun, en rémunération de leurs apports, 425 parts de 1.000 francs. Il est incontestable que les parts représentant les 590.000 francs (montant de la majoration) n'avaient comme contre-partie qu'un capital fictif et, par suite, n'étaient pas libérées.

2. *Op. cit.*, n° 14 (F).

3. V. en ce sens : LEPARGNEUR, *Journ. Soc.*, 1925, 387, et les auteurs cités ; HOUPIN et BOSVIEUX, 7e éd., n° 1541, et les références ; PIC et BARATIN, *Des S.A.R.L.*, 2e éd., n° 427.

ou à responsabilité limitée, les apports en nature faits à cette société lors de sa création (ou à titre d'augmentation de capital) eussent-ils été dûment vérifiés ou évalués à cette époque.

Ce raisonnement est incomplet, car il ne tient aucun compte de l'intérêt des tiers *postérieurs* à l'opération de transformation, les seules victimes précisément d'une telle opération.

Il serait trop facile, pour des associés en nom collectif ou en commandite simple, indéfiniment et personnellement responsables, dont l'affaire est en train de péricliter, mais qui peuvent encore faire face à leurs engagements, de décider, par une insertion corrective du pacte initial, la transformation en société à responsabilité limitée ou en société anonyme. La transformation ainsi opérée leur permettrait de mettre à l'abri leur responsabilité. En effet, si la pérennité de l'être moral, survivant à l'opération de transformation, permet aux créanciers de poursuivre les associés, groupés sous le nouveau type juridique, pour faits antérieurs au changement de forme, nés à l'époque où la société vivait sous son ancien aspect, ces mêmes créanciers se trouvent sans recours si les faits reprochables (l'impossibilité de faire face aux engagements) ont pris naissance alors que la société poursuivait sa vie sous une forme nouvelle. Les créanciers antérieurs à la transformation ne sont pas les seuls « tiers » qui peuvent avoir à se plaindre du mépris de leurs droits. Ce terme de tiers englobe aussi les créanciers postérieurs à la transformation et qui traitent avec la société, telle qu'elle existe sous sa forme nouvelle. Il serait contraire à l'équité la plus élémentaire de permettre à des associés de démunir leurs créanciers futurs et éventuels en transformant leur société sans leur imposer le respect des règles de constitution du nouveau type adopté. Le tiers créancier qui contracte de bonne foi avec une société ne doit pas avoir à se préoccuper de savoir si la société avec laquelle il traite a toujours fonctionné sous le type juridique avec lequel elle apparaît au public ou si, au contraire, elle provient d'un autre type, à la suite d'une transformation. En d'autres termes, la sécurité du crédit impose aux sociétés qui changent de forme le respect des conditions de fond attachées à la constitution de la forme nouvelle. C'est bien ce que l'arrêt de 1936 a décidé en énonçant une règle très générale :

Attendu que le régime d'une société à responsabilité limitée ne saurait être différent suivant qu'elle existe sous cette forme par transformation d'une société d'autre nature déjà existante ou qu'elle a été constituée telle dès l'origine; que, notamment, dans l'un et l'autre cas, les garanties légalement assurées aux tiers et les responsabilités corrélatives des associés, éléments spécifiques de ce genre de sociétés, doivent être identiques.

Certes, l'adage : *Fraus omnia corrumpit,* permet au juge de considérer comme non avenue la transformation opérée et de rendre les associés indéfiniment et solidairement responsables des conséquences

de cette annulation, s'il peut prouver qu'ils ont décidé la transformation dans le seul but d'éviter, en cas de faillite, la mise en jeu de leur responsabilité personnelle. Mais le juge qui a à connaître d'une pareille hypothèse, sauf les cas très rares où la fraude serait manifeste et parfaitement caractérisée, entre dans le domaine de l'insondable, car il est très difficile de pénétrer les intentions d'individus qui ont pu se ménager habilement l'alibi d'apparences favorables à leur prétendue bonne foi. Pour éviter des conséquences fâcheuses pour le crédit, il semble donc plus sage et plus conforme à la logique d'adopter un système préventif et d'imposer le respect de l'article 8 de la loi de 1925, même au cas où l'adoption du type nouveau n'entraîne pas création d'un nouvel être moral.

C. — Jurisprudence postérieure à l'arrêt du 17 juin 1936.

108. — La Cour de cassation eut, depuis 1936, l'occasion de réaffirmer sa position. Par un arrêt du 2 mai 1939, la Chambre des requêtes [1] adopta une solution rigoureusement analogue à celle de l'arrêt de 1936, dans des circonstances identiques :

... Sur le deuxième moyen subsidiaire, violation des articles 7, 8 et 9 de la loi du 7 mars 1925, fausse application de l'article 41 de la loi du 7 mars 1925, de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale, en ce que l'arrêt a confirmé en tant que de besoin le jugement qui, tout en reconnaissant que l'acte du 1er août 1928 par lequel la société en nom collectif avait été transformée en société à responsabilité limitée ne contenait aucune évaluation des apports, a néanmoins refusé d'accueillir l'action en nullité du syndic, sous prétexte qu'aux termes de l'article 8 précité cette évolution n'est pas obligatoire en cas de transformation; mais attendu que le rejet qui doit être prononcé sur le premier moyen rend surabondantes les autres dispositions purement supplétives de l'arrêt et que l'erreur de droit sur laquelle elles sont fondées ne saurait, dès lors, vicier la décision;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi...

Cette décision est bien une confirmation explicite de l'arrêt de 1936, puisqu'elle qualifie « erreur de droit » le refus d'accueillir l'action en nullité fondée sur le non-rejet de l'article 8.

L'arrêt précité fut rendu à l'occasion de la transformation d'une société en nom collectif en société à responsabilité limitée (même hypothèse qu'en 1936). L'on comprend que la Chambre des requêtes ait suivi la voie tracée. Mais certains esprits ont pu s'émouvoir et trouver un argument contre la thèse que la Cour suprême a posée en

1. Cass. req., 2 mai 1939 (*Sem. jur.*, 1939, 1173).

1936 dans un arrêt récent, rendu par la Cour de Caen le 24 janvier 1949[1]. Il s'agit de la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée.

Outre l'argument de texte (l'obligation imposée par l'article 8 de la loi de 1925 ne s'applique qu'au cas de création pure et simple d'une telle société), la Cour invoque un argument d'espèce qui, apparemment, ne manque pas de valeur :

... Attendu que, de plus, il s'agit, en l'espèce, non de la transformation d'une « société de personnes », dont la solvabilité se mesure bien plus au crédit qu'inspirent personnellement les dirigeants qu'à la valeur des apports ou au chiffre du capital social, mais de la transformation d'une société anonyme dont les apports en nature ont déjà été évalués et soumis à une procédure spéciale de vérification et d'approbation; que l'assemblée du 16 octobre 1945 a expressément constaté que l'actif net au moment de la transformation était supérieur au capital; que la publication du bilan, figurant au procès-verbal de ladite assemblée donnait aux créanciers préexistants de la société anonyme et aux créanciers éventuels de la société à responsabilité limitée une garantie manifestement supérieure à celle qu'eût donnée la réévaluation des apports, d'ailleurs difficilement chiffrables...

Cet arrêt est frappé de pourvoi en cassation, et la décision de la Cour suprême est attendue avec impatience.

Si l'on fait, comme nous, du dernier attendu de l'arrêt de 1936 (qui précise que la nécessité de l'évaluation des apports en nature s'imposait d'autant plus qu'en l'espèce la société originaire était en nom collectif, donc n'avait jamais connu de vérification quelconque) un simple subsidiaire, un argument accessoire[2], et si l'on considère que la Cour a entendu poser un principe général et abstrait applicable à toutes les sociétés qui adoptent le type de la loi de 1925. indépendamment de leur passé juridique, il est certain que l'argument de la Cour de Caen n'a aucune valeur. Dans une excellente note, le Doyen Ripert remarque[3] tout d'abord qu'une ancienne évaluation ne saurait avoir aucun intérêt, car on peut fort bien concevoir que les apports, dans une époque de bouleversement économique, diminuent de valeur quant à l'expression de cette valeur en francs. Cet auteur remarque surtout que :

... La règle de droit a une portée abstraite et générale qui ne permet pas d'en subordonner l'application à ses résultats, et quand des prescriptions

---

1. Caen, 1re Chambre, 24 janvier 1949 (*J.C.P.*, 1949, 5294, note D. Bastian) ; voir également la note G. Ripert (*Rev. Soc.*, 1949, 397) ; voir aussi Cordonnier, « Un problème à reprendre : les évaluations requises lors d'une transformation de société en société à responsabilité limitée » (*Journ. Soc.*, 1950, pp. 129 sq.). Cet auteur a fini par admettre la thèse de l'arrêt de 1936, manifestant ainsi un changement d'avis assez remarquable (*cf.* son article au *Journ. Soc.*, 1937, pp. 129 sq.). *Adde :* Chronique, J. Rault, *Rev. tr. droit com.*, 1950, 74.

2. V. *supra*, n° 103.

3. Note précitée, *Rev. Soc.*, 1949, 397.

sont obligatoirement ordonnées, on ne saurait excuser leur omission à raison du succès de l'opération. La règle juridique a un rôle préventif autant que répressif : il s'agit d'empêcher l'irrégularité dans tous les cas.

Nous approuvons sans restrictions l'opinion de M. Ripert.

La Cour suprême aura d'ici peu l'occasion de mettre un point final à la controverse. Mais tout porte à croire qu'elle ne reniera pas sa propre jurisprudence [1].

§ 3. — Conclusion.

109. — La Cour de cassation a posé, en 1936, une règle générale. Toutes les fois qu'il existe, dans le capital de la société qui se transforme en société à responsabilité limitée, des biens en nature, doit avoir lieu *ipso facto* l'évaluation de ces biens [2].

---

1. Dans une hypothèse particulière, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 28 novembre 1950 (Ch. civ., sect. com., *D.*, 1951-J-109, note G. Ripert), que la seule constatation qu'au moment de la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée, la situation financière de la société était saine, ne suffit pas à justifier légalement la décision du juge du fond validant la délibération de l'assemblée générale. Cette décision montre bien l'importance que les tribunaux accordent à l'évaluation des biens en nature au moment de la transformation, cette évaluation permettant, entre autres choses, de déterminer le degré de responsabilité qui pèsera sur les actionnaires dans le nouveau type social et de savoir (ce qui était la question soumise à la Cour) si l'opération constitue une « augmentation de leurs engagements », nécessitant à ce titre l'unanimité de leurs voix.

2. M. Bastian professe une opinion moins tranchée. Selon cet auteur (*Journ. Soc.*, 1945, n° 15, p. 96), l'application pratique de la règle d'évaluation des apports en nature, au cas de transformation d'une société d'un type quelconque en société à responsabilité limitée, ne doit pas donner lieu à de bien grandes difficultés. D'après M. Bastian, ce qu'exige la Cour de cassation, lors de la transformation, c'est uniquement l'indication, dans les nouveaux statuts, de la composition du capital annoncé. Il s'agit en réalité, soutient-il, d'une réévaluation pour justifier de l'existence du capital annoncé. Les membres de la société qui se transforme peuvent donc échapper à la responsabilité que l'article 8 a imposée, si l'actif net, déduction faite du passif, est supérieur au capital annoncé et si les espèces liquides qui se trouvent dans cet actif suffisent pour garantir ledit capital. En d'autres termes, il n'y aurait lieu de mentionner la présence de biens en nature que dans la mesure où les espèces liquides seraient incapables à elles seules de représenter le capital.

Cette interprétation peut sembler bonne, car elle concilie tous les intérêts en présence. Les tiers ne sont pas lésés, puisque le capital réévalué est loyal. Les associés transformateurs mettent leur responsabilité à couvert et évitent les frais et les longueurs de la procédure d'évaluation des apports. Mais nous inclinons cependant à rejeter l'interprétation de M. Bastian. Le souci dominant de la Cour de cassation, en 1936, a été, en effet, l'intérêt des tiers. Il semble donc indispensable de soumettre en toute hypothèse les associés transformateurs à une large responsabilité, dans l'intérêt des tiers. Au moment de la transformation, une chance unique s'offre aux créanciers (anciens et futurs) : il y a dans l'actif des biens en nature. Leur évaluation soumet

Mais l'arrêt de 1936 déborde le cadre de l'espèce qui a donné lieu à la décision.

En définitive — et ce sera notre conclusion sur l'examen de l'arrêt du 17 juin 1936, il est nécessaire, en toute hypothèse, de reprendre, à l'occasion de la transformation d'un type de société en un autre type, les règles constitutives prévues par la loi pour l'adoption du type nouveau. Les règles qui accusent le particularisme de chaque type de société doivent être reprises. Il serait, en effet, trop facile de tourner les prescriptions gênantes qu'une loi a imposées dans l'intérêt des tiers. Les associés commenceraient par créer la société sous une certaine forme, sous réserve de la transformer en un type différent. Ils effectueraient peu après la transformation envisagée et, arguant du fait que cette opération dûment prévue n'emporte pas création d'un être moral nouveau, prétendraient esquiver les règles constitutives de la forme nouvelle. Les tiers seraient lésés par un tel calcul et sans aucun recours.

Le critère que nous venons de dégager, l'intérêt des tiers, vient tantôt en renfort de certaines opinions acquises dès avant l'arrêt de 1936, tantôt, au contraire, impose des conclusions qui vont à l'encontre de la doctrine traditionnelle. Quoi qu'il en soit, le principe de résolution que ce critère comporte éclaire d'un jour singulier le problème de la transformation d'une société, ainsi que nous l'allons voir maintenant.

SECTION II

APPLICATIONS DU CRITERE

110. — Le critère que nous venons de dégager, l'intérêt des tiers tantôt tient en renfort de certaines opinions acquises dès avant l'arrêt du 17 juin, tantôt impose des conclusions qui vont à l'encontre de la doctrine traditionnelle. Quoi qu'il en soit, le principe de résolution qu'il comporte éclaire d'un jour singulier le problème de la transformation d'une société.

---

les associés à une responsabilité qui trouve largement sa contre-partie dans les avantages que la forme à responsabilité limitée leur assure. L'article 8 a été écrit dans l'intérêt des tiers, et nous ne croyons pas que les associés puissent l'éviter même au cas où les biens en numéraire seraient suffisants pour représenter le capital social. Même le législateur récent attache la plus grande importance à la règle de l'article 8, puisque le décret-loi du 30 octobre 1935, qui a ramené à 5 ans le délai de prescription des actions en nullité, antérieurement soumis à la prescription décennale, a laissé subsister, malgré sa très grande indulgence, le délai de 10 ans qui sanctionnait et sanctionne encore le respect de l'article 8. C'est assez dire le prix qu'il attache à la responsabilité solidaire des associés, sanction de la règle de l'évaluation des apports en nature.

Il importe, toutefois, d'observer que la mise en œuvre de ce critère se situe surtout dans le cadre de la société anonyme et de la responsabilité limitée, plutôt que dans celui des sociétés de personnes.

§ 1. — Règles que doit respecter toute société qui se transforme en société de personnes.

111. — Le seul obstacle qui peut s'opposer à la transformation d'une société par actions ou d'une société à responsabilité limitée en société de personnes vient de l'impossibilité pour deux époux d'une part et pour un mineur d'autre part, de faire partie d'une société en nom collectif ou en commandite simple.

Le mineur peut faire partie d'une société par actions, la souscription d'une action étant un simple placement d'argent et n'entraînant aucune responsabilité. La jurisprudence la plus récente tend à valider sa participation à une société à responsabilité limitée [1].

Quant aux époux, leur présence dans la société par actions n'entraîne pas la nullité de la société. La question est plus controversée pour la société à responsabilité limitée [2].

S'il existe un mineur ou des époux dans la société par actions qui désire se convertir en société de personnes, la prohibition qui pèse sur les sociétés de personnes à ce double point de vue va donc poser un problème sérieux pour que la transformation envisagée puisse avoir lieu. La même difficulté se retrouvera pour transformer une société à responsabilité limitée en société de personnes, dans la mesure où la présence d'époux ou de mineurs est licite dans la société à responsabilité limitée.

I. — Présence d'époux dans la société qui se transforme.

112. — La question des sociétés entre époux révèle une opposition traditionnelle de la doctrine et de la jurisprudence, les auteurs se montrant favorables à la présence d'époux dans une même société, les tribunaux annulant systématiquement toute société dans laquelle voisinent deux époux [3].

---

1. V. *infra*, n° 141, *in fine*.
2. V. *infra*, n° 143.
3. V. notamment : Cass. crim. 9 août 1851 (*S.*, 52-1-281) ; Req., 7 février 1860 (*S.*, 60-1-414) ; 13 novembre 1860 (*S.*, 61-1-884) ; 6 février 1888 (*S.*, 90-1-49) note Labbe ; 7 mars 1888 (*S.*, 88-1-305) 8 décembre 1891 (*S.*, 92-1-392) ; 27 juin 1893 (*S.*, 94-1-25) ; 21 octobre 1901 (*S.*, 1901-1-520) ; 23 avril 1902 (*O.*, 1902-1-309) ; Civ. 5 mai 1902 (*J.S.*, 1902,424 et *S.*, 1905-1-41) note Hémard : 19 mai 1908 (*J.S.*, 1909-107) ; Civ. 23 janvier 1912 (*J.S.*, 1912, 426) ; 24 février 1913 (*J.S.*, 1913, 442) ; Paris 14 avril 1856 (*S.*, 56-11-369) ; 9 mars 1859 (*S.*, 59-11-502) ; 24 mars 1870 (*S.*, 71-2-71) ; 24 janvier 1885

La société par actions, cependant, a toujours échappé à la prohibition jurisprudentielle des sociétés entre époux. Dans ces sortes de sociétés, on ne connaît que les capitaux. On ne connaît pas les personnes. La souscription d'une action n'est qu'un placement d'argent. Les quelques milliers d'actionnaires de certaines grandes sociétés anonymes ne peuvent être à la merci du mariage de deux associés. Aussi doctrine [1] et jurisprudence [2] ont-elles toujours reconnu la validité des sociétés par actions où figuraient deux époux.

Le domaine d'application de la prohibition des sociétés entre époux est constitué par les sociétés de personnes et par la société à responsabilité limitée.

Quel est le fondement de la prohibition ? Depuis la disparition de l'incapacité civile de la femme mariée, les arguments de la jurisprudence se ramènent à trois ordres de considérations : les sociétés entre époux sont nulles parce qu'elles contreviendraient à l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 C. civ.), parce qu'elles permettraient aux époux de se faire des donations irrévocables (contrairement à l'art. 1096 C. civ.), parce qu'elles permettraient de réaliser indirectement une vente entre époux, opération proscrite par l'article 1595 du Code civil.

En réalité, la jurisprudence est guidée par l'incompatibilité des règles du Droit civil, qui impliquent la stabilité, la pérennité et les

---

(*S.*, 90-1-49) ; Dijon 27 juillet 1870 (*S.*, 71-2-268) ; Nîmes, 18 décembre 1886 (*S.*, 87-1-384) ; Paris, 10 décembre 1896 (*J.S.*, 97-126) ; Seine 4 mars 1897 (*J.S.*, 97-383) ; Amiens, 18 juillet 1897 (*J.S.*, 97-126) ; Paris, 25 mai 1919 (*J.S.*, 20-41). Voir plus récemment : Req., 1er février 1926 (*D.H.*, 26-214) ; Req., 15 février 1927 (*J.S.*, 1937-349, note Lecompte) ; Trib. com. Toulouse, 14-11-1940 (*J.C.P.*, 1941-1591) note Aulagnon) ; Trib. civ. Bordeaux, 3 mai 1943 (*Rev. Soc.*, 194-212) ; Cass. crim., 25 janvier 1950, Grenoble, 7 juillet 1950, *J.C.P.*, 1951-11-6366, note.

1. V. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, t. I, p. 97, 7e éd. ; Baudry et Whal, n° 58 ; Colin et Capitant, *Droit civil*, t. II, p. 646 ; Thaller, n° 349 ; Thaller et Pic, n° 414, *in fine*. Arthuys, t. I, p. 20, note 2 ; Hémard, n° 58, Lacointa, note au 3-88-1-305 ; Deyzac, *Journ. des not.*, 1932, p. 561 ; Lalou, chronique, *D.H.*, 1930, p. 49.

2. V. Trib. civ. Seine 13 décembre 1878, rapporté sous Cass. civ. 14 décembre 1881, *D.P.*, 1882-1-289. Dans cette affaire, une société anonyme s'était constituée avec le nombre minimum d'associés que permet la loi : sept (art. 23 L. 24 juillet 1867). Parmi ces sept personnes se trouvaient deux époux. Le tribunal prononça la nullité, non à cause de l'impossibiilté pour deux époux de faire partie de la même société anonyme, mais pour ce motif que, par suite du régime matrimonial, la communauté légale en l'espèce, les actions des deux conjoints étaient concentrées en fait entre les mains du mari, maître de la communauté et que les actions du ménage n'appartenant qu'à celui-ci, le nombre des associés était de six et non de sept. Et le tribunal prononça la nullité de la société pour infraction à l'article 23 de la loi de 1867.

règles du Droit commercial où la vie des affaires entraîne la mobilité, la possibilité de changements, de modifications.

Que la société soit constituée entre époux seuls ou avec des tiers, que deux associés s'épousent ou que deux époux s'associent, la jurisprudence a toujours frappé implacablement de nullité la société entre époux. Mais les tribunaux ont adopté une attitude curieuse : après avoir posé le principe de l'interdiction, avec rigueur, ils se sont efforcés, très habilement, d'en atténuer la portée pratique en appliquant en la matière un système très souple de nullités et en permettant de couvrir facilement le vice. Actuellement, un renversement se dessine dans la jurisprudence. De récentes décisions, rendues dans des hypothèses où des époux figuraient dans des sociétés à responsabilité limitée, ne se contentent plus d'esquiver l'application du principe, mais en viennent à nier le principe lui-même. La jurisprudence tend ainsi [1] à consacrer l'attitude de la doctrine dominante vis-à-vis du problème des sociétés entre époux : en principe, elles sont valables, sous la réserve du cas de fraude [2].

Quoi qu'il en soit, et tant que la Cour de cassation n'aura pas mis un point final à la question en ratifiant la position de la jurisprudence la plus récente, il semble prudent de conseiller aux associés d'une société anonyme ayant la qualité de mari et femme de procéder, avant la transformation de leur société en société de personnes, aux cessions d'actions nécessaires pour éviter la coexistence de leurs intérêts propres dans le nouveau type de société adopté (société en nom collectif ou en commandite simple).

II. — Présence de mineurs dans la société qui se transforme.

113. — Un double motif conduit à exclure d'une société de personnes le mineur non émancipé.

On sait, tout d'abord, que les associés d'une société en nom collectif et les commandités d'une société en commandite simple ont la qualité de commerçants. Le mineur non émancipé ne peut pas être commerçant, car le commerce ne s'exerce pas par mandataire. Il lui est donc impossible d'entrer dans une société en nom collectif ou dans une société en commandite simple en qualité de commandité [3].

---

1. V. *infra*, n° 143.

2. Voir en ce sens : Pont, n° 37 ; Laurent, t. XXVI, n° 140 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit com.*, 5e éd., par Amiaud, t. II, n° 78 a et b ; Hémard, *Des nullités de sociétés*, nos 80 et suiv., Houpin et Bosvieux, *Tr. des Soc.*, 7e éd., t. I, nos 70 sq. ; Pic et Kreher, *Des soc. com.*, 2e éd., t. I, nos 407 sq. ; Boistel, n° 102 ; Thaller et Pic, n° 49 ; note Weill, sous Trib. civ. Strasbourg, 25 mai 1951, *J.C.P.*, 1951-11-6494.

V. *contra* : G. Ripert, *Traité élément. de droit com.*, nos 630 et suivants et 815 ; J. Escarra, *Manuel de droit com.*, nos 498 sq.

3. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 63 ; Rouen, 28 janvier 1884, *S.*, 1885-1-362 ; Cass. civ., 16 avril 1926, *D.H.*, 1926-318.

D'autre part, la situation des associés en nom collectif ou des commandités dans une société en commandite simple est très rigoureuse. La séparation des patrimoines n'étant pas réalisée dans ces sociétés, les associés sont personnellement tenus des engagements sociaux [1]. Il est donc impossible qu'un mineur puisse encourir une telle responsabilité. La seule réserve que l'on puisse admettre consiste à faire entrer le mineur dans une société en commandite simple en qualité de commanditaire. Cette qualité, à l'inverse de celle de commandité, n'emporte pas la qualité de commerçant [2]. Sa responsabilité étant limitée dans ce cas au montant de sa commandite, il ne sera pas rendu solidairement et indéfiniment responsable des dettes des commandités dont la situation juridique est identique à celle des associés en nom collectif.

Il résulte de ces quelques observations que la transformation d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme en société en nom collectif ou en commandite simple se heurte à un grave problème lorsqu'il se trouve un mineur parmi les associés. Il faudra donc, dans cette hypothèse, pour que la transformation envisagée puisse avoir lieu, ou bien que le mineur consente à céder ses parts sociales et à ne plus faire partie de la société à responsabilité limitée qui change de forme, ou bien qu'il entre dans la société en commandite simple en qualité de commanditaire. Mais la forme en nom collectif sera toujours inaccessible à une société à responsabilité limitée, s'il existe, au nombre des associés transformateurs, un mineur non émancipé qui ne veut pas céder ses parts sociales.

III. — Droit allemand.

114. — Aux termes de la loi du 5 juillet 1937 sur la transformation des sociétés de capitaux et de ses décrets d'application, une société de capital peut être transformée en société de personnes de telle sorte que son patrimoine puisse être transmis, soit à une société en nom collectif ou en commandite simple déjà existante, soit à un de ces deux types qui se créent en même temps que la transformation. Cette loi est encore en vigueur.

Mais certaines difficultés ont été récemment suscitées par la réforme monétaire intervenue dans l'Allemagne de l'Ouest avec la loi du 21 juin 1948 qui, entre autres dispositions, a imposé aux sociétés un rajustement de leur bilan sur les nouvelles bases monétaires (cette loi est désgnée sous le nom de *DMrk-Bilanzgesetz*) [3].

---

1. Cass. civ., 8 avril 1903, *D.*, 1903-1-208 ; Req., 6 janvier 1936, *S.*, 1936-107 ; Civ., 24 octobre 1938, *D.H.*, 1939-65 ; Civ., 16 mars 1942, *Journ. Soc.*, 1942-210.

2. Alauzet, n° 561 ; Pont, 1423 ; Lyon-Caen et Renault, n° 471.

3. V. Docteur H. Brönner, *Auswirkungen des D-Markbilanzgesetzes auf Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personalgesellschaften (Westzonen), der Betriebsberater*, 20/30. Dezember 1949, *S.* 721.

D'après le paragraphe 45 DM-Bil. gesetz, dans le cas des transformations ci-dessus envisagées, la société de capital n'a plus besoin du bilan d'ouverture en D. Mark (*DM-Eröffnungsbilanz*). Mais le bilan d'ouverture peut être aussitôt dressé pour la nouvelle forme de société. On accorde par là des facilités aux entreprises pour leur comptabilité. Ces entreprises économisent les frais d'une délibération sur la nouvelle fixation du chiffre du capital, des frais d'enregistrement et également des frais de vérification du bilan.

La disposition envisagée doit aider tout spécialement les entreprises qui ne peuvent pas atteindre le capital minimum de 5.000 DM que le paragraphe 44 D.M-Bil. gesetz fixe pour les G.M.B.H. et qui ne peuvent pas augmenter leur capital jusqu'à cette somme, mais qui veulent échapper à la dissolution par l'intermédiaire d'une transformation [1].

De la possibilité de négliger d'établir un bilan d'ouverture en DM pour la société de capital déjà existante, on a déduit que le paragraphe 45 du DM-Bil. gesetz permettait à la transformation de rétroagriau 21 juin juin 1948. Etant donné que cette rétroactivité serait également valable sur le plan fiscal, la question de la transformation revêt un grand intérêt au point de vue fiscal, pour plus d 'une société [2].

Une décision récente du Oberlandsgericht de Celle précise, en outre, que les transformations de sociétés de capitaux sont valables jusqu'au 31 décembre 1956 [3].

§ 2. — Règles que doit respecter toute société qui se transforme en société anonyme.

115. — La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions contient un certain nombre de règles impératives, d'ordre public, dont le respect est la contre-partie des avantages dont jouissent les associés dans les sociétés de ce type. La plupart de ces prescriptions concernent la garantie du capital social, *dans l'intérêt des tiers*. Nous verrons, lors de l'étude de la règle du versement en espèces par chaque actionnaire d'un quart au moins du montant des actions ou coupures d'actions souscrites par lui (art. 1er, al. 2, L. 24 juillet 1867, réd. L. 4 mars 1942,

---

1. V. sur tous ces points : Docteur Dahlgrün, *Umwandlung von Kapitalgesellschaften, die nach dem I. I. 1937 gegründet sind, der Betriebsberater*, 20/30. Dezember 1950, *S.* 917 ; Docteur Max Barella, *Gläubigerschutz bei liquidationsloser Umwandlung einer GMBH, Neue juristische Wochenschrift* 1951,, Heft 2, *S.*, 57 ff. ; Docteur Heuer, *Umwandlung in eine Personalgesellschaft auf den*, 21-6-1948, *GmbH-Rundschau*, 1950, *S.*, 132 und 133.

2. V. le détail de la discussion sur la rétroactivité dans Heuer, *op. cit.*, *S.*, 132.

3. *Beschluss vom* 16-10-1951 (4 Wx 68/51), *Abschrift aus « der Betrieb »* 1951, Nr. 47, *S.*, 917.

art. 1er), que la Cour de cassation avait, dès 1931, pris une position très générale, tenant le plus grand compte de *l'intérêt des tiers* [1].

Dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 29 décembre 1931 [2], s'amorce, en effet, la tendance que devait consacrer la Chambre civile par son fameux arrêt du 17 juin 1936, à ne pas distinguer selon que la transformation emporte ou non création d'un être moral nouveau. C'est une rupture très nette avec la doctrine classique. Tout en reconnaissant que la transformation (en l'espèce) avait été réalisée conformément aux précisions statutaires, la Chambre des requêtes n'en emploie pas moins, pour qualifier la société issue de la transformation, le terme de « société nouvelle ». Cette attitude est dictée par le souci de protéger les tiers.

L'intérêt des tiers est déterminant. Et si, faute d'un fil conducteur, les auteurs ont pu longtemps se demander quelles étaient les formalités essentielles de la loi de 1867 que devait remplir une société qui adoptait la forme anonyme, la discussion n'est plus aujourd'hui possible à raison de la position très nette et très juridique que la Cour suprême a prise, en 1936, sur la question, et qu'elle ne semble pas décidée à abandonner. Les quatre premiers articles de la loi du 24 juillet 1867 constituent la clef de voûte de la loi. Ce sont les dispositions qui ont pour but d'assurer l'intégrité du capital social. Ecrit au titre des sociétés en commandite par actions, l'article 24 de la loi en étend le champ d'application aux sociétés anonymes. Nous bornerons notre étude à l'examen de ces quatre prescriptions et à celles du nombre minimum des actionnaires (sept) qui sont les règles constitutives fondamentales de la loi de 1867. L'article 7 de la loi indique, en effet, qu' « est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société... constituée contrairement aux prescriptions des articles 1er, 2, 3, 4 ». Et l'article 23 de la même loi précise que « la société ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept ». C'est assez dire l'importance que la loi attache à ces prescriptions.

I. — Taux minimum des actions ou des coupures d'actions.

116. — L'article 1er (al. 1er) de la loi du 24 juillet 1867 (dans la rédaction que lui a donnée le décret-loi du 31 août 1937) disposait que :

> Les sociétés en commandite ne peuvent diviser leur capital en actions ou en coupures d'actions de moins de 100 francs [3].

---

1. V. *infra*, n° 90.
2. *D.P.*, 1932-1-41.
3. La dépréciation de la monnaie a conduit le législateur à augmenter ce chiffre minimum. Actuellement, toute société anonyme ou en commandite par actions qui se crée ne peut diviser son capital en actions ou en coupures d'actions de moins de 10.000 francs.

L'article 24 de la même loi rend cette disposition applicable aux sociétés anonymes.

Cette prescription s'impose à toute société, dès l'instant qu'elle adopte la forme anonyme, qu'il y ait ou non création d'un être moral nouveau. La règle est justifiée par le danger que courrait la petite épargne s'il était possible de faire circuler des titres d'un montant trop faible. Le danger demeure, à quelque moment que les actions soient émises. Les auteurs s'accordent à approuver l'application de cette règle lorsqu'une société par actions, augmentant son capital, émet des actions nouvelles [1]. Les actions, qui sont créées en remplacement des parts d'intérêt de sociétés de personnes ou d'une société à responsabilité limitée qui se transforment doivent respecter l'article 1er (al. 1er) de la loi de 1867 [2].

Il importe, toutefois, de bien préciser la manière dont cette règle va jouer, eu égard à la législation récente qui a porté à 10.00 francs le taux minimum des actions d'une société anonyme ordinaire (art. 28 du décret du 4 août 1949).

Des intérêts réels s'attachent à cette question, car, dans certains cas, le respect du nouveau taux, à l'occasion de la transformation, aurait pour effet de paralyser indirectement la transformation elle-même. Il en irait ainsi si le montant des parts de certains associés dans la société à transformer (dans une société à responsabilité limitée par exemple) n'atteignait pas la somme de 10.000 francs. La conversion de la part en action, conséquence de la transformation de la société en société anonyme, serait irréalisable, et la situation serait pratiquement sans issue si l'associé ne voulait pas spontanément augmenter sa part sociale, puisque ses coassociés ne peuvent l'y contraindre (art. 31, L. 7 mars 1925) [3].

Si une société, constituée antérieurement au 1er septembre 1949 (date d'entrée en vigueur du décret précité), se transforme en société anonyme, le capital de la société anonyme ainsi créée devra-t-il être divisé en actions de 10.000 francs au minimum, en application de la législation nouvelle ?

On peut tout d'abord remarquer que le décret de 1949 ne s'applique qu'aux sociétés créées postérieurement à son entrée en vigueur. Il n'est

---

1. Lacour, *Précis de droit commercial*, n° 604 ; Wahl, *Etude sur l'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et de commandite par actions*, n° 30 *sq.* ; Bourguignat, note au *S.*, 76-1-410.

2. En ce sens : Lacour, « Dans quel cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-elles pour effet de dissoudre cette société et de créer une société nouvelle ? », *J.S.*, 1913, p. 107, 3° ; Wahl, « De la transformation des sociétés », *J.S.*, 1910, p. 156, n° 42.

3. Telle était l'hypothèse de la question soumise à M. le Ministre de la Justice, le 22 novembre 1951 (*J.O.*, 1952, Déb. A.N., p. 246).

pas rétroactif. D'une façon générale, en effet, les lois modifiant le taux minimum des actions ne s'appliquent pas aux actions déjà émises [1].

D'autre part, l'on pourrait être tenté de tirer un argument d'analogie des règles admises en matière d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes. Le décret du 30 octobre 1948, qui avait élevé le taux minimum des actions à la somme de 1.000 francs, permettait que les actions nouvelles ,émises à l'occasion d'une augmentation de capital postérieure à la mise en application du décret, eussent le même montant que les anciennes. La même règle s'applique, bien entendu, aux augmentations de capital postérieures au décret du 4 août 1949. Mais la portée de cet argument est très limitée, car cette règle est une règle de circonstance, posée uniquement pour éviter que des actions d'une même société circulent à un taux différent [2]. L'extension de cet argument à l'hypothèse de transformation est donc hasardeuse.

Pour admettre que les parts ne doivent pas se convertir en actions aux taux récent, il faudrait soutenir que les parts ,avant la transformation, existaient déjà à l'état latent d'actions, potentiellement. Décider que le taux nouveau des actions leur est inapplicable et que seul le taux doit s'appliquer, revient à admettre que les parts sociales constituaient en réalité, et dès avant la transformation, des actions. Cela revient à supposer antérieurement à la transformation visible et concrète des parts en actions, concomitante à la transformation de la société, une transformation préalable de ces parts en actions, transformation invisible et abstraite, insusceptible d'une localisation dans le temps. Jamais cette transformation des parts en actions ne se serait réalisée si la transformation n'avait eu lieu.

Certes, c'est aller bien loin. Mais cette rétroactivité n'est pourtant qu'une conséquence logique de la pérennité de l'être moral. La non-rétroactivité du décret du 4 août 1949, combinée avec le fait que c'est la même personne morale qui survit à la transformation, conduisent à poser que la société à responsabilitée limitée (ou la société de personnes), constituée avec le 1er septembre 1949, n'est pas tenue de diviser son capital en actions de 10.000 francs, si elle se transforme en société anonyme.

Cette solution paraît d'autant plus devoir être adoptée que l'intérêt des tiers (notre critère) est indifférent en la circonstance.

Le taux minimum des actions délivrées en remplacement des parts sociales sera donc celui qui était prévu par la législation sur les sociétés par actions en vigueur au moment où la société s'était créée

---

1. V. cependant Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, n° 31.

2. En ce sens, voir Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e éd., n° 1383 bis.

originairement (sous la forme de la loi du 7 mars 1925 ou sous la forme d'une société de personnes)[1]. Il reste bien entendu que les tribunaux conservent un pouvoir souverain de contrôle.

II. — Souscription de la totalité du capital social et versement du quart.

117. — *Le texte : article 1er (al. 2) L. 24 juillet 1867.* — L'article 1er (al. 2) de la loi du 24 juillet 1867 (rendu applicable aux sociétés par actions par l'article 24 de la même loi) est ainsi conçu :

> Elles (les sociétés en commandite) ne peuvent être constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement en espèces par chaque actionnaire d'un quart au moins du montant des actions ou coupures d'actions souscrites par lui. (Voir loi du 4 mars 1943, art. 1er.)

Ce texte exprime une double prescription — le capital social doit être intégralement souscrit et les actions doivent être libérées au moins du quart — qui dissimule les deux faces d'une même idée, à savoir que le capital social doit être sérieux et servir de garantie utile aux tiers.

118. — *Position de la doctrine classique.* — Les auteurs classiques, fidèles à leur conception de la transformation, refusaient d'appliquer ce texte, qui prescrit la souscription intégrale du capital social, à l'hypothèse d'une société qui se transforme sans perdre son individualité juridique, motif pris de ce que la lettre de la loi ne vise expressément que la « constitution d'une société ». Les auteurs admettaient que la société qui prenait la forme anonyme pouvait, si elle avait subi des pertes ayant entamé son capital, réduire celui-ci pour le ramener à une somme égale à la valeur de l'actif net réel. Mais ils s'empressaient de faire observer qu'il y avait là une simple possibilité, non obligatoire pour la validité de la transformation et que la société qui avait subi des pertes pouvait, sans le changer, maintenir le chiffre de son capital nominal. M. Wahl, résumant le système, pouvait écrire :

> La souscription intégrale n'est pas nécessaire si la société garde sa personnalité : puisque, comme nous l'avons montré, la société conserve son capital nominal primitif, même en cas de pertes subies, il serait contradictoire que le capital entier fût en caisse [2].

---

1. V. en ce sens la réponse de M. le Ministre de la Justice (*J.O.*, 16 janvier 1952, Déb. A.N., 1400, p. 246). *Adde :* réponse de M. le Ministre des Finances (*J.O.*, 1951, Déb. A.N., 1170, p. 8908) ; Joly v° « Transformation », n° 29.

2. Wahl, art. préc., *loc. cit.*, n° 38 ; *adde :* Paris, 7 avril 1887, *S.*, 90-11-238.

Quelques décisions de jurisprudence soutenaient cependant la thèse contraire et prononçaient la nullité d'une société anonyme lorsque le capital social n'existait pas réellement [1].

Les auteurs classiques étendaient le même raisonnement aux versements légaux et admettaient que les actions pouvaient n'être libérées que dans une mesure inférieure au chiffre prévu par la loi de 1867 pour les sociétés en commandites par actions et les sociétés anonymes. C'est ainsi que, selon eux, une société en commandite simple, où les associés n'ont versé que le dixième de leur apport, pouvait se transformer purement et simplement en commandite par actions, si ses statuts l'y autorisaient, sans qu'il soit nécessaire de libérer préalablement les actions dans la mesure précisée par l'article 1er (al. 2) de la loi de 1867. M. Wahl justifiait ainsi ce point de vue :

> Cette prescription, comme les autres, n'est exigée que quand une société nouvelle se forme. Du reste, elle a pour but d'empêcher que les petits capitalistes ne soient trop facilement tentés, par l'appât de l'insignifiance du versement immédiat, d'entrer dans une société par actions; or, cette considération ne peut s'appliquer aux personnes qui se trouvent déjà dans la société [2].

119. — *Abandon de cette position par la jurisprudence.* — La Cour de Paris renia cette thèse classique par un arrêt du 16 novembre 1929 [3]. Elle décida, en effet, qu'une société coopérative anonyme à capital variable, qui se transforme en société anonyme ordinaire par abandon de la variabilité du capital, est tenue, en vertu des dispositions d'ordre public des articles 1er et 2 de la loi de 1867, d'exiger de ses actionnaires la libération du quart de chaque action, que l'éventualité de cette transformation soit ou non prévue aux statuts. Le pourvoi fut rejeté par la Chambre des requêtes qui, dans son arrêt du 29 décembre 1931, approuva l'argumentation de la Cour d'appel [4].

---

1. V. Trib. Lille, 15 juin 1885, *J.S.*, 1888-214; Trib. Bar-sur-Aube, 5 juin 1896, *J.S.*, 97-313; Paris, 13 juillet 1909, *J.S.*, 1911-67, note Wahl. n° 1005.

2. A. Wahl, *op. cit., loc. cit.; adde:* Houpin et Bosvieux, *Tr.*, 6e éd., 3. *S.*, 1930-2-14; *Gaz. Pal.*, 1930-1-3; *J.S.*, 1930-279, note H. Bosvieux; *Rev. Soc.*, 1930-405.

4. *Gaz. Pal.*, 1932-1-324; *D.H.*, 1932-66; *D.P.*, 1932-1-41, note Cordonnier. Cet auteur critique le système de la Cour de cassation qui se fonde sur le seul motif de l'ordre public: « Dire, en présence d'un problème très délicat, discuté en doctrine, et non encore tranché par les tribunaux, que la prescription légale s'impose (dans un cas où son application reste douteuse) parce qu'elle est d'ordre public et impérative, c'est presque énoncer un truisme. Ou la Chambre des requêtes n'a pas vu la difficulté sous son aspect réel, ce qui est peu croyable, ou, l'ayant discernée, elle a préféré la contourner sans la résoudre. »

A la différence de la transformation en société anonyme d'une société en commandite par actions où le versement du quart a déjà été effectué, lors de la constitution originaire de la société sous cette forme (puisque l'article 1er, al. 2, du 24 juillet 1867 est écrit pour la société anonyme et pour la commandite par actions), aux termes de l'article 51 de la loi du 24 juillet 1867, les statuts des sociétés à capital variable doivent déterminer une somme au-dessous de laquelle le capital ne pourra être réduit par la reprise des apports. En l'espèce, le capital n'avait été libéré que du dixième. La Cour d'appel exigea le versement du premier quart, lors de la transformation en société anonyme, parce que :

C'est là une opération essentielle, voulue par le législateur, dans le but de faire ressortir la solvabilité personnelle de chaque souscripteur et de sauvegarder l'intérêt des tiers et le fonctionnement régulier de la société. Considérant que ces prescriptions sont d'ordre public et qu'il ne saurait y être dérogé, etc...

La Cour de cassation se borna à indiquer que les articles 1er et 24 de la loi du 24 juillet 1867 sont des dispositions d'ordre public, à caractère impératif, auxquelles toute société doit se soumettre, qu'elle se constitue pour la première fois sous la forme anonyme ou qu'elle accède à ce stade par voie de transformation d'une société préexistante, sans constituer une société nouvelle.

120. — *Justification de la solution jurisprudentielle.* — Cette décision doit être approuvée. Si l'on peut regretter le laconisme de la Cour de cassation qui s'est contentée d'invoquer l'ordre public, sans autres précisions, pour justifier son arrêt, l'on ne peut toutefois qu'approuver et encourager la tendance qu'elle manifeste.

Les travaux préparatoires de la loi de 1867 montrent que l'obligation, pour tout actionnaire, de verser le quart au moins de chacune des actions de numéraire de 100 francs par lui souscrites, a été imposée par le législateur pour éviter l'entrée dans la société de simples spéculateurs que la faculté de souscrire des actions moyennant un versement infime inciterait à provoquer une hausse artificielle des titres dans l'espoir de vendre, au plus vite et avec bénéfice, les actions qu'ils se seraient procurées à si bon compte. C'est là une obligation essentielle, voulue par le législateur dans le but de faire ressortir la solvabilité personnelle de chaque souscripteur et de sauvegarder *l'intérêt des tiers* et le fonctionnement régulier de la société. Et il ne s'agit pas uniquement de protéger les seuls associés contre ces coureurs de primes. Les auteurs classiques et la jurisprudence s'accordaient pour reconnaître l'application de la prescription de la

libération du minimum du quart aux augmentations de capital. M. Cordonnier[1] admettait lui-même que :

> L'accroissement du capital peut être l'occasion des mêmes abus (souscriptions peu sérieuses, apports en nature majorés, etc...) que la formation du capital initial. Dès lors, et malgré le silence des textes, il a paru conforme à l'esprit de la loi d'imposer aux sociétés anonymes qui augmentent leur capital le régime organisé pour les sociétés anonymes qui se forment. Pour des situations comparables, en face de dangers similaires, il faut des garanties identiques.

Cet auteur n'envisage que l'intérêt des associés et, prétendant que la disposition de l'article 1er (al. 2) L. 1867 a pour but unique d'empêcher que les petits capitalistes ne soient trop facilement tentés, par l'appât d'un versement immédiat ou nul, d'entrer dans une société par actions, en refuse l'application à la société acquise à ce type par voie de transformation, car, dit-il, la considération qui a guidé le législateur ne peut jouer vis-à-vis de personnes qui font déjà partie de la société[2]. Cette argumentation est incomplète et a tort de négliger *l'intérêt des tiers*. Un subterfuge bien commode permettrait de les frustrer. Les associés malhonnêtes, les « coureurs de primes » dont parlent les auteurs, fonderaient une société anonyme à capital variable, ne libérant les actions que d'un dixième, dans le seul dessein d'échapper à l'obligation de versement du quart. Et ils conserveraient ces actions libérées d'un taux infime, inférieur de plus de moitié au taux minimum de l'article 1er (al. 2). Est-ce là le résultat qu'a voulu le législateur ? Il semble bien que non. A plusieurs reprises, la jurisprudence a tenu le plus grand cas de l'entière couverture du capital social, faute de laquelle l'engagement des souscripteurs a pu être considéré comme résolu *ipso facto*[3]. Il serait bien étrange que les tribunaux admettent dans le même temps une porte aussi grandement ouverte à la fraude des prescriptions légales. La règle du versement du quart est d'ordre public, parce qu'elle intéresse au plus haut point les tiers qui vont être amenés à contracter avec la société sur la foi de la solvabilité que semble annoncer son capital social[4].

L'on peut ensuite remarquer, en faveur de la thèse de la Cour de cassation, que la variabilité du capital est une modalité que la loi de 1867 sur les sociétés par actions prévoit dans un titre spécial (titre III, art. 48 à 54) et réglemente avec soin. Cette modalité de variabilité du capital implique un statut légal des droits, des obli-

---

1. Note précitée : *D.P.*, 1932-1-42.
2. V. également en ce sens : Wahl, art. préc., p. 153.
3. Civ., 10 avril 1889, *D.P.*, 90-1-105, note de M. Guénée ; Req., 16 mars 1911, *Journ. Soc.*, 1911-154.
4. En ce sens, v. Copper-Royer, *Traité des Sociétés an.*, 4e éd., t. I, n° 55.

gations, des faveurs, qui s'impose aux associés. Cette modalité particulière a été surtout créée en vue de favoriser la formation de sociétés entre salariés, entre personnes peu aisées (d'où la facilité accordée par l'article 51 de ne libérer les actions que du dixième)[1]. Si les associés, profitant de ce statut privilégié, désireux d'augmenter le rayon d'action de leur société, d'élargir le cercle de leurs affaires, se trouvent trop à l'étroit dans le cadre de la variabilité du capital (chiffre limite du capital initial et des augmentations de capital, par exemple) et décident de l'abandonner, il n'y a aucune raison pour que la possibilité de ne libérer les actions que d'un dixième survive à cet abandon. Cette mesure de faveur faisait partie d'un statut légal bien déterminé. Si les associés renoncent à ce statut, la possibilité de ne libérer les actions que d'un dixième doit aussi disparaître. Elle n'a plus de cause.

Il y a, de la part des auteurs qui ont critiqué cette décision, une contradiction flagrante. Ils admettent la nécessité de respecter le taux minimum des actions ou coupures d'actions de 100 francs, à cause des « dangers que courrait la petite épargne », mais ils refusent d'imposer le respect de la libération du quart aux associés d'une société à capital variable dont les actions ne sont libérées que du dixième. La règle du quart est attachée à la règle du taux minimum. Comme elle, elle permet d'assurer le respect du capital social. C'est une prescription édictée dans l'intérêt général du crédit commercial et public[2].

III. — Négociabilité des actions d'apports en nature.

121. — *Le texte : article 3 (al. 3) L. 24 juillet 1867.* — L'article 3 (al. 3.) de la loi du 24 juillet 1867 pose que :

> Les actions représentant des apports ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société. (Rédaction de la loi du 16 novembre 1903.)

Le législateur a entendu, en imposant cette prescription, non pas frapper d'inaliénabilité, d'immobilisation ou d'indisponibilité absolue les actions d'apport en nature pendant les deux années qui suivent la constitution définitive de la société, mais interdire les négociations pouvant se prêter à l'agiotage, telles que les cessions que connaît le droit commercial (négociation en Bourse, transfert, tradition ou

---

1. V. Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, p. 231.
2. V. le rapport du Conseiller Pringué, sous Req., 29 décembre 1931, *Gaz. Pal.*, 1932-1-324.

endossement commerciaux). Il en résulte que la cession d'actions d'apport en nature demeure possible, dans cette période biennale, par les voies civiles, c'est-à-dire conformément à l'article 1690 du Code civil. La cession aura lieu dans ce cas par acte notarié ou sous-seing privé, signifiée à l'établissement débiteur ou acceptée par lui dans un acte authentique [1].

La question qui se pose au cas de transformation d'une société d'un type quelconque en société par actions est celle de savoir si les actions qui sont créées en remplacement de parts d'intérêt qui représentaient des apports en nature faits à la société avant sa transformation, sont soumises à la règle de l'article 3 (al. 3), de la loi de 1867. En cas de réponse affirmative, une seconde question se pose : à quelle époque se situe le point de départ de ce délai ?

Les réponses à ces questions ont subi une évolution très accentuée en trois étapes.

122. — *Position de la doctrine classique.* — La société qui se transforme doit ignorer l'article 3 - 3° de la loi de 1867.

Les auteurs classiques, fidèles à leurs principes, raisonnaient de la manière suivante. Comme la transformation pure et simple opérée en exécution des statuts ou de la loi n'entraîne pas création d'une société nouvelle, à laquelle la société ancienne ferait l'apport en nature de son actif, la disposition de l'article 3 de la loi de 1867, qui prohibe pendant « deux ans après la constitution définitive de la société » les actions représentant des apports en nature, ne saurait être étendue aux actions créées en représentation du capital de la société transformée. Il n'y a donc pas apport en nature à la société anonyme, puisqu'il n'y a pas constitution d'un nouvel être moral et mutation de propriété. Et ces auteurs de poser pour principe, en réservant toutefois l'hypothèse de fraude, que les actions distribuées aux membres de la société anonyme, en remplacement de parts d'intérêt représentant des apports en nature, sont immédiatement négociables [2].

123. — *La jurisprudence consacre l'opinion contraire, mais une difficulté subsiste quant au point de départ du délai biennal. Evolution du problème.* — Il est certain que, depuis l'arrêt de la Chambre civile du 17 juin 1936 qui a imposé l'évaluation des apports en nature dans une espèce où il n'y avait pas création d'une société nouvelle, donc

---

1. V. Civ., 4 juillet 1911, *D.P.*, 1911-1-449, note Percerou.

2. Houpin et Bosvieux, *Tr. des Soc.*, 7e éd., t. I, n° 440; t. II, n° 481. Lyon-Caen et Houpin, *Journ. Soc.*, 1889, p. 5 *sq.*; note Ch. Houpin, sous Cass. req., 26 octobre 1910, *J.S.*, 1911-110; Arthuys, *Tr. des soc. commerciales*, t. I, n° 619; Wahl, art. préc., *J.S.*, 1910, p. 156, n° 43.

pas de mutation de propriété, la conception de la doctrine classique est devenue très périmée. Et c'est ce qui explique l'évolution de la jurisprudence quant à l'interprétation de l'article 3 (al. 3°) de la loi de 1867. La difficulté essentielle réside, nous l'allons voir, dans la fixation du point de départ de la période biennale pendant laquelle les actions d'apport ne peuvent pas être négociées.

124. — *a) Jugement du Tribunal de commerce de Marseille du 20 mai 1942 :* le délai court du jour de la création de la société sous sa forme primitive. — C'est le Tribunal civil de Marseille qui eut le privilège d'ouvrir la controverse [1]. Quatre jours avant sa transformation en société anonyme, une société à responsabilité limitée avait effectué une augmentation de capital au moyen d'apports en nature. Prévue par les statuts et par la loi (art. 41 L. 7 mars 1925), cette opération de transformation n'entraînait pas la disparition de l'être moral primitif. Comme suite à la transformation, la société anonyme avait créé des actions en remplacement des parts d'intérêt de la société à responsabilité limitée, à raison d'une action pour une part. Les actions échangées contre les parts qui représentaient les apports en nature, qui avaient servi à réaliser l'augmentation de capital dans la société à responsabilité limitée, constituaient-elles des actions d'apport, au sens de l'article 3 de la loi de 1867 ?

La Cour suprême, approuvée par la doctrine, affirma à plusieurs reprises que les règles prescrites pour la constitution originaire du capital des sociétés par actions devaient être étendues aux augmentations de capital [2]. Cette opinion considère à très juste titre que, relativement à la portion dont le capital primitif est augmenté, il y a réellement une nouvelle constitution de société. La jurisprudence considère que, pour chaque action d'apport, il n'y a qu'une seule période de non négociabilité, « celle qui suit son émission » [3]. La jurisprudence et les auteurs en tirent cette conséquence que le point de départ du délai de deux ans est le moment où l'apport en nature a été cons-

---

1. Trib. civ., Marseille, 20 mai 1942 (deux jugements), *Rev. Soc.*, 1944, p. 22 ; *J.C.P.*, 1948-11-2323.

2. V. Cass. civ., 27 janvier 1873, *S.*, 73-1-163 ; Req., 2 mai 1887, *D.P.*, 87-1-98 ; Cass. crim., 17 juillet 1885, *D.P.*, 86-1-273 ; Paris, 21 mars 1905, *D.*, 1905-2-409 ; Paris, 15 juin 1883, *J.S.*, 1884, p. 354. — V. : Thaller, *Tr. élém. de dr. com.*, n° 694 ; Lacour, *J.S.*, 1913-109 ; Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, 13e éd., t. 1, n° 612 ; Arthuys, *Tr. des soc. comm.*, n° 622 ; Rousseau, *Des sociétés commerciales*, n° 2465 ; Houpin et Bosvieux, *Tr. des soc.*, 7e éd., t. II, n° 888 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. du dr. comm.*, 5e éd., par Amiaud, t. II, n° 870 ; Pic, *Des soc. comm.*, 2e éd., t. III, n° 1403 ; Copper-Royer, *Tr. des soc. anonymes*, 4e éd., t. III, pp. 591 *sq.*

3. V. Trib. civ. de Cusset, 5 juillet 1933 (*Rev. Enreg.*, 10092), dont les dispositions ont été officiellement adoptées par l'Administration (Circ., 15 mars 1934) et Trib. civ., Auger, 11 janvier 1936 (*Rev. Enreg.*, 11051).

titué, soit à l'occasion de la constitution originaire, soit à l'occasion de l'augmentation de capital [1].

Le Tribunal de Marseille, dans son jugement, refuse de tenir compte de cette acquisition jurisprudentielle. Admettant la pérennité de l'être moral, il observe que le délai de deux ans était depuis longtemps prescrit au jour de la transformation (le 3 septembre 1940) :

Attendu que dans le cas actuel où la société anonyme n'est qu'une continuation de la société à responsabilité limitée et où, par suite, on doit considérer que cette société anonyme a été constituée en 1926, date de la formation de la société transformée, on est bien obligé de constater que plus de deux ans se sont écoulés après la constitution définitive de la société au moment où les apports en nature ont été réalisés en 1940.

Si ce premier motif est, selon nous, critiquable [2], le Tribunal de Marseille fait état d'un subsidiaire qui contredit d'ailleurs ce premier motif, mais qui contient le germe d'une idée que nous approuvons sans réserve [3] :

Attendu, au surplus, que pour apprécier ce texte, il faut évidemment examiner la situation à la date où les apports ont été effectués et voir si, à cette date, les conditions d'application légales étaient réunies; or, qu'au 30 août 1940, il n'y avait pas d'actions, mais seulement des parts d'intérêts, alors cependant que l'article 3 de la loi de 1867 est sans application possible quand il n'y a pas d'actions; que c'est d'ailleurs cette observation qui différencie encore l'espèce actuelle avec les cas visés en jurisprudence d'augmentation de capital dans une société par actions déjà existante où il s'agit bien d'actions.

Critiquable ou non, le système du jugement de Marseille, qui fait remonter la création de la société anonyme à 1926 (date de la constitution de la société à responsabilité limitée) en conséquence de la fiction de pérennité de l'être moral, représente tout de même un effort de raisonnement et, à ce titre, un progrès sur la doctrine classique qui se bornait, en cette matière comme en bien d'autres, à raisonner exégétiquement sur la lettre de l'article 3 de la loi de 1867 (l'article 3 ne vise que la constitution, donc reste étrangère à l'application de cet article la transformation qui n'emporte pas constitution d'un être moral nouveau).

125. — *b) Cassation de ce jugement par la Chambre civile (Section commerciale) le 18 octobre 1949 :* le délai part du jour où les biens en nature sont entrés dans la société (par la voie d'une augmentation

1. V. notamment: Copper-Royer, *op. cit.*, t. II, n° 409, pp. 681 et 682; t. IV, n° 876, pp. 127 et 128. *Adde:* « Questions aux ministres »: 25 juillet 1929, 5351, *J.S.*, 1930-116; 30 juillet 1929, 9561, *J.S.*, 30-616; 4 novembre 1930, 9979, *J.S.*, 31-178.

2. V. *infra*, n° 127.

3. V. *infra*, sous le n° 127.

de capital, par exemple). — Le jugement du Tribunal de Marseille fut frappé de pourvoi, et la Cour de cassation fit connaître son avis sept ans plus tard, le 18 octobre 1949[1]. Cet arrêt casse et annule le jugement marseillais et confirme, par les motifs dont il étaie sa décision, l'opinion jurisprudentielle et doctrinale qui soumet les actions d'apport créées à l'occasion d'une simple augmentation de capital, au point de vue de la négociabilité, aux mêmes règles que les actions d'apport émises lors de la constitution de la société. Voici le texte de cette décision :

Vu les articles 3 (al. 3) de la loi du 24 juillet 1867, modifié par l'article 2 de la loi du 1er août 1893, et 350 (al. 1er) du Code de l'Enregistrement : — Attendu qu'il résulte des dispositions qui précèdent que les actions émises au moment de la transformation, sans création d'un être moral nouveau, d'une société à responsabilité limitée en société anonyme, et délivrées par cette dernière en remplacement de parts d'intérêts rémunérant des apports en nature, ne deviennent négociables que deux ans après la date de la réalisation desdits apports, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'ils ont été effectués à l'origine de la société ou à l'occasion d'une augmentation de capital ultérieure; que lesdites actions, dès lors qu'elles se trouvent, par suite de la transformation de la société, dans les conditions indiquées ci-dessus, substituées purement et simplement aux parts d'intérêts et qu'elles rémunèrent nécessairement, comme celles-ci, les apports en nature correspondants, constituent de véritables actions d'apports, soumises en conséquence à la prohibition légale de négociation, passibles, en cas de cession, dans le délai précité, du droit de mutation à titre onéreux comme ayant pour objet les biens en nature représentés par les titres cédés;

Attendu que, selon les énonciations du jugement attaqué, le Tribunal a refusé d'assujettir à l'impôt édicté par l'article 350 (al. 1er) du Code de l'Enregistrement, la cession consentie le 25 juin 1941, par Goldzahl à Milliard, d'actions émises par la Société des Bois ouvrés du Midi, à la suite de sa transformation de société à responsabilité limitée en société anonyme (3 septembre 1940), sans changement de l'être moral, et délivrées en échange de parts d'intérêts correspondant à des apports en nature à elle faits le 30 août 1940, lors d'une augmentation de son capital, c'est-à-dire moins de deux ans avant ladite cession; qu'en statuant ainsi, le jugement attaqué a violé les textes précités;

Par ces motifs, — Casse, etc...

La Cour de cassation affirme que l'interdiction de négocier les actions d'apports pendant un délai de deux ans s'applique à l'hypothèse des transformations de sociétés. Mais elle assigne à ce délai un point de départ discutable, en ce qu'il peut, dans certains cas, rendre impossible la mise en application de l'article 3 - 3° de la loi de 1867.

Le raisonnement de la Cour, quant au point de départ du délai de deux ans, fournit le meilleur exemple de la théorie de la pérennité

---

1. Cass. civ., sect. comm., 18 octobre 1949, *Journ. Soc.*, 1950-20 ; *Jurisel. pér.*, 1950, 5356.

de l'être moral appliquée avec toutes ses conséquences. L'argumentation de la Cour est, en effet, la suivante. La société à responsabilité limitée qui se transforme en société anonyme, dès lors que cette opération n'affecte pas sa personnalité morale, est réputée avoir toujours vécu sous cette forme. Donc les apports en nature qui ont servi à réaliser une augmentation de capital lorsque la société fonctionnait sous la forme « à responsabilité limitée », sont réputés avoir été faits à la société anonyme, la société devant être considérée comme ayant toujours existé sous cette forme. Pérennité oblige ! Les actions qui, lors de la transformation, ont été échangées contre des parts d'intérêts représentant les apports en nature faits à l'occasion de cette augmentation de capital, sont tenues pour des actions d'apports en nature et, par conséquent, soumises à l'interdition de négociation pendant deux années. La date de naissance de ce laps de temps est celle de l'augmentation de capital, celle-ci (toujours à cause du phénomène de pérennité qui imprime à la société, après sa transformation, un caractère rétroactif de société anonyme), étant considérée comme une augmentation de capital réalisée dans une société par actions. La transformation ayant eu lieu moins de deux ans après que le capital eût été augmenté, les actions « d'apport » voyaient leur négociabilité paralysée pour la période de temps qui restait à courir pour atteindre l'expiration du délai biennal.

La Cour de cassation eût sans doute rendu une décision analogue, n'en doutons pas, si les biens en nature qui composaient le capital social de la société à responsabilité limitée, au lieu d'avoir été apportés à la société par voie d'augmentation de capital, l'avaient été lors de la constitution originaire et si cette constitution originaire se situait moins de deux ans avant la date de la transformation de la société [1].

126. — *c) Jugement du Tribunal civil de la Seine du 7 décembre 1949, confirmé par l'arrêt de la Cour de Paris du 10 mai 1950 :* le point de départ du délai biennal doit être le jour de la transformation de la société. — La règle de l'article 3 - 3° de la loi de 1867 doit être respectée au cas de transformation de société. Nous approuvons pleinement la Cour de cassation lorsqu'elle précise cette exigence. Mais il faut, pensons-nous, aller plus loin que ne le fit l'arrêt du 18 octobre 1949 dans la rigueur d'interprétation des délais. La Cour aurait dû, en l'espèce, suivre toutes les conséquences qui se déduisent de l'arrêt

1. C'est, nous l'avons vu (v. *supra*, n° 124), le système du Tribunal de Marseille. Mais ce Tribunal avait refusé d'admettre que l'article 3 de la loi de 1867 s'appliquait au cas d'une augmentation de capital, par une contradiction inexplicable, arguant du fait que ladite augmentation avait été réalisée lorsque la société fonctionnait sous la forme à responsabilité limitée et, par conséquent, que les règles visant l'augmentation de capital « dans une société par actions » ne s'appliquait pas.

du 17 juin 1936 dont elle a pourtant explicitement adopté l'esprit en reconnaissant aux actions échangées contre les parts d'intérêts représentatives d'apports en nature, malgré la transformation qui a laissé subsister l'être moral (l'arrêt le constate expressément), le caractère de « véritables actions d'apport ».

Selon nous, le point de départ du délai de deux années doit être le jour de la transformation de la société [1]. Cette conception objective est en parfaite harmonie avec la position que nous adoptons quant aux formalités constitutives à respecter en matière de transformation. Une confirmation trait pour trait de notre thèse se trouve dans un jugement récent du Tibunal civil de la Seine, en date du 7 décembre 1949 [2]. La Compagnie des Agents de Change a pu, avec raison, refuser l'inscription à la cote de la Bourse d'actions d'apports attribuées à une ancienne société civile transformée, comptant à cette date plus de deux ans d'existence, mais dont la transformation en société par actions remontait à moins de deux ans. Le Tribunal de la Seine approuva ce refus :

... Attendu que si, en principe, les actions sont d'ordinaire librement négociables, le législateur a pensé qu'une telle règle pouvait présenter de graves dangers en ce qui concernait les actions d'apport; qu'en conséquence, il a imposé à celles-ci un délai d'épreuve en spécifiant qu'elles ne pourraient être négociées que deux ans après la constitution définitive de la société;

Attendu que cette grave restriction de liberté rencontre un correctif apporté par les lois des 11 juillet 1902 et 16 novembre 1903 à l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, ainsi conçu : « En cas de fusion de sociétés par voie d'absorption ou de création d'une société nouvelle englobant une ou plusieurs sociétés préexistantes, l'interdiction de détacher les actions de la souche et de les négocier ne s'applique pas aux actions d'apport attribuées à une société par actions ayant, lors de la fusion, plus de deux ans d'existence »;

Attendu que c'est autour de l'interprétation de ce texte que roule la discussion du litige déféré au Tribunal;

Attendu que l'on doit se demander, en effet, si, pour que la négociabilité immédiate des actions d'apport soit reconnue, il suffit que la société par actions absorbée ait deux années d'existence, ou bien s'il faut qu'elle ait deux ans d'existence sous forme de société par actions;

Attendu que pour interpréter la portée des dispositions de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 dans sa dernière rédaction, il importe de rechercher quel a été le but que s'est proposé le législateur;

Attendu que le législateur a, sans conteste, pensé que l'entrave mise à la négociation des actions d'apport durant un délai de deux ans devenait inutile quand la société absorbée, s'étant placée sous la forme de société par actions, donnait ainsi toutes les garanties édictées par la loi du 24 juillet 1867 pour ces sociétés;

---

1. V. en ce sens: « Questions aux ministres »: 8 janvier 1929, *Journ. Soc.*, 1929-316.

2. *D.*, 1950-1-198, note G. Ripert; *Journ. Soc.*, 1950, p. 241. Jugement confirmé par un arrêt de la Cour de Paris, le 10 mai 1950 (*S.*, 1950-2-18, note A. Dalsace),

Attendu, en effet, que cette loi a prescrit des règles particulièrement efficaces touchant le fonctionnement, l'institution des organismes de contrôle, de surveillance, de vérification des sociétés par actions;

Attendu qu'on comprend, dès lors qu'une société absorbée s'est pliée à ces règles tutélaires de la protection de l'épargne, que le législateur se montre plus indulgent qu'à l'ordinaire et assouplisse alors la règle rigide de la non-négociabilité des actions d'apport pendant deux ans;

Attendu qu'en l'espèce, la société absorbée, qui ne s'est pas pliée à ce délai d'épreuve, non plus qu'à la sécurité que donne la forme de société par actions, ne peut voir ses titres négociables avant le 24 février 1950;

Attendu qu'on ne saurait estimer, en se basant sur la fiction de la continuation de la personnalité morale, qu'une société, en se transformant, pourrait faire échec au but poursuivi par le législateur;

Attendu que quels que soient les bons renseignements fournis sur l'activité de la société absorbée dont s'agit, la règle de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 doit être considérée comme absolue et ne bénéficiant qu'aux sociétés ayant existé pendant deux ans sous la forme de sociétés par actions.

Ce jugement a été confirmé, le 10 mai 1950, par la Cour d'appel de Paris, dont l'arrêt contient un passage particulièrement caractéristique :

... Considérant qu'il résulte ainsi des termes mêmes de la loi que la faveur exceptionnelle de la négociabilité immédiate ne bénéficie pas à toute société attributaire, mais seulement à une telle société constituée par actions; que cette limitation resterait lettre morte s'il était possible à une société quelconque de l'éluder en se transformant *in extremis* en une société par actions juste au moment de disparaître par absorption ou par fusion; que la loi veut manifestement que la société attributaire ait, deux ans au moins avant la fusion, fonctionné comme société par actions; que, pendant ce délai minimum, elle ait fait ses preuves en tant que telle, en la forme, suivant le statut légal et en offrant aux associés et aux tiers les garanties que comportent les sociétés de cette nature [1]...

127. — *Appréciation critique* : l'article 3 - 3° de la loi de 1867 doit être respecté au cas de transformation. Le point de départ du délai de deux ans est la date de la transformation. — Il ne faut pas pousser trop loin la fiction de la pérennité [2]. La règle de l'article 3 - 3° de la loi de 1867 ne vise que les sociétés par actions, de même que la règle jurisprudentielle qui a étendu l'application de ce texte aux augmentations de capital. Dans l'espèce soumise à la Cour suprême, au moment où l'augmentation de capital est intervenue, la société fonctionnait sous la forme réglementée par la loi du 7 mars 1925, donc sous un statut différent de celui qui soutient la forme anonyme (loi du 24 juillet 1867). Il semble bien arbitraire de décider que, le changement de forme n'ayant pas entamé la personnalité morale de la

1. *S.*, 1950-2-185 et la note critique de M. A. Dalsace.

2. En cela, nous approuvons l'argument subsidiaire avancé par le Tribunal de Marseille (*Rev. Soc.*, 1944, p. 30).

société qui se métamorphose, la société, qui est devenue société anonyme, a toujours fonctionné sous cette forme et que l'augmentation de capital intervenue lorsque l'être moral fonctionnait sous la forme à responsabilité limitée peut servir de point de départ au délai de deux années, cette augmentation de capital méritant, par une sorte de phénomène rétroactif, l'application de règles qui n'ont été édifiées par la jurisprudence que pour les sociétés par actions. Ces propriétés rétroactives ont une curieuse conséquence : on confère à des titres (les actions) des qualités antérieures à leur naissance. C'est presque la réplique, en droit commercial, de la règle du droit civil : *infans-conceptus pro nato habetur*... La transformation, même si elle n'emporte pas création d'un être moral nouveau, ne peut avoir pour effet de faire oublier que la société a existé sous une autre forme. La règle de non-négociabilité des actions représentant des apports en nature, dont on admet le point de départ avant la naissance juridique desdites actions, serait ainsi dissociée de la règle corrélative de l'approbation et de la vérification des apports en nature que pose l'article 4 de la loi de 1867 et qui, selon nous, doit être respectée au cas de transformation pure et simple. On ne saurait tout de même pousser le paradoxe jusqu'à soutenir que cette dernière prescription, pérennité aidant, doit être considérée comme ayant été obéie [1]. Si l'augmentation de capital comprenant des apports en nature a été réalisée plus de deux ans avant, le système de la Cour est prescrit avant d'avoir pu prendre naissance ! En réalité, on peut tirer un argument d'analogie du fait qu'auteurs et jurisprudence s'accordent à admettre l'application de la règle de l'article 3 à une augmentation de capital. Un argument d'analogie, mais rien de plus. Ce fait prouve, en effet, que la règle de non-négociabilité, qui n'avait été écrite que pour la « constitution » d'une société, a été interprétée libéralement et étendue au cas d'augmentation de capital. Par analogie, rien n'empêche d'en admettre l'extension à l'hypothèse de transformation [2].

L'article 3 de la loi de 1867 s'applique parce qu'il y a dans le capital de la société qui se transforme des biens en nature. Cette position doit d'autant plus être soutenue, que depuis le célèbre arrêt du 17 juin 1936, la présence de biens en nature déclenche automatiquement l'application des règles d'ordre public de la société du type nouveau qui visent les biens en nature. Il importe d'observer qu'en l'espèce, la solution adoptée par la Cour est parfaitement juste,

1. Certains auteurs apercevaient les conséquences paradoxales de la théorie de la pérennité appliquée aveuglément. WAHL, raisonnant sur l'hypothèse d'une société qui se transformait en société par actions, écrivait (*Journ. Soc.*, 1910, p. 160, n° 45) : « De deux choses l'une : ou elle n'était pas jusqu'alors une société par actions et, comme sa transformation ne l'empêche pas d'avoir été, jusqu'au moment où la transformation se produit, une société non constituée par actions, on ne peut exiger une vérification qui supposerait une sorte de rétroactivité de la transformation. »

2. V. en ce sens : LACOUR, *Journ. Soc.*, 1913, p. 107 à 111.

puisque l'augmentation de capital n'était intervenue que quatre jours avant la transformation en société anonyme. Mais la question demeurerait entière si l'augmentation de capital était intervenue plus de deux mois avant la transformation. Nous pensons que, dans ce cas, la règle de non-négociabilité devrait s'appliquer de façon à ce que l'équilibre des prescriptions de la loi de 1867, qui doivent s'imposer lors de la transformation en société anonyme, ne soit pas rompu (et plus particulièrement la règle d'évaluation et approbations des apports en nature). Lors de la transformation, en effet, les parts d'intérêt qui, dans la société en nom collectif, en commandite simple, ou à responsabilité limitée, représentaient des apports en nature, vont être échangées, lors de la transformation en société anonyme ou en commandite par actions, contre des actions. Juridiquement, la valeur des actions devra correspondre, puisqu'il y a eu échange, à celles des parts d'intérêts auxquelles elles sont substituées. Ces parts d'intérêts représentaient elles-mêmes des apports en nature. On sait qu'il n'existe, dans les sociétés de personnes, aucune obligation légale de ces sortes d'apports. Il pourra donc se faire qu'ils aient été surestimés par leur auteur. Obliger la société de personnes qui se transforme à se plier à la règle d'évaluation et d'approbation des apports en nature, c'est assurer l'intégrité et la sincérité du capital de la société par actions. C'est, en même temps, rassurer le crédit et donner des garanties de confiance aux tiers qui seront appelés à traiter avec la société anonyme. Et même lorsque la société qui adopte le type de la loi de 1867 était une société à responsabilité limitée, nous pensons que la règle d'évaluation s'applique, bien que cette règle, imposée par la loi de 1925, ait dû être déjà respectée. Deux sûretés valent mieux qu'une, et les garanties que les tiers trouvent dans cette sorte de double évaluation justifient largement la nécessité d'assurer à tout prix l'intégrité du capital social. Certes, aucun texte n'oblige une société qui se transforme à réévaluer son capital, à l'occasion de cette opération, mais le moyen qu'a offert l'arrêt du 17 juin 1936 (respect des règles impératives du type qu'adopte la société qui se transforme) permet, au bénéfice du crédit, de pallier cette lacune.

En toute hypothèse et pour éviter la fraude, il faut donc, croyons-nous, conclure à l'interdiction de négocier pendant deux années les actions créées en représentation de part d'intérêts correspondant à des apports en nature, sans tenir aucun compte de la date à laquelle les apports en nature ont été faits. L'article 3 (al. 3) de la loi de 1867 doit s'appliquer dès l'instant qu'il existe, dans la société qui se transforme, des biens en nature qui composent le capital [1].

---

1. Par tous les moyens, le juge doit prévenir la fraude. Est-il plus pénible aveu d'impuissance que cet attendu du Tribunal de Marseille (jugement du 20 mai 1942 préc.) : « Attendu qu'il est évident que c'est là le résultat d'une lacune législative, lacune regrettable, puisqu'elle permet de tourner la loi en apportant à une société d'intérêts des apports en nature et en trans-

IV. — Evaluation et approbation des apports en nature.

128. — *Le texte : article 4 - 4° al. L. 24 juillet 1867.* — L'article 4-1° de la loi de 1867 porte :

Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation.

Cette règle a été posée en vue d'éviter l'exagération de la valeur des apports en nature, préjudiciable tant aux souscripteurs en numéraire qu'aux créanciers sociaux. La mise en œuvre pratique de la loi est la suivante : une première assemblée générale des actionnaires fait apprécier la valeur des apports par des commissaires vérificateurs qui rédigent un rapport. Une deuxième assemblée est réunie, qui se prononce sur la valeur des apports, les approuvant ou les désapprouvant. Les auteurs classiques soutenaient qu'il n'y a pas lieu de soumettre à la vérification de l'assemblée générale la valeur de l'actif social, « puisque cet actif qui peut avoir été déprécié depuis la constitution, ne fait pas l'objet d'un apport nouveau et qu'il n'y a pas création d'une société nouvelle » [1].

129. — *Ce texte doit être respecté au cas de transformation.* — L'opinion que nous avons émise en ce qui concerne l'article 3 - 3° de la loi de 1867 fait pressentir la réponse que nous réservons au présent problème. Nous estimons, en effet, que le respect de l'article 4 de la loi de 1867 s'impose à une société qui se transforme et qui adopte le type anonyme sans perdre sa personnalité. Dès l'instant qu'il y a dans le capital de la société qui se transforme des biens en nature, l'article 4 doit s'appliquer objectivement. L'intégrité du capital social de la société anonyme sera ainsi assurée. En vain proposerait-on de réserver l'hypothèse où la société qui se transforme serait une société

---

formant quelques jours après — comme il a d'ailleurs été fait dans le cas actuel — cette société en société par actions ; mais que, comme il est rappelé plus haut, il n'appartient pas au Tribunal de la combler en étendant par analogie ou parallélisme arbitraire un texte d'interprétation restrictive. » Le rôle du juge n'est-il pas, au contraire, en cas de lacune de la loi, d'essayer de construire en s'aidant des matériaux qu'il trouve dans la jurisprudence ? En l'espèce, le Tribunal phocéen aurait dû puiser dans l'arrêt du 17 juin 1936 des éléments de construction.

1. V. HOUPIN et BOSVIEUX, *Tr. gén. des soc.*, 6e éd., n° 1006. Voir dans le même sens : WAHL, *Journ. Soc.*, 1910, pp. 161 et 162, nos 46 et 48, et HÉMARD, p. 381. *Adde :* Cass. req., 9 janvier 1900, *S.*, 1902-1-233, et Paris, 11 novembre 1908, *Journ. Soc.*, 1913-56.

à responsabilité limitée, motif pris de ce que l'évaluation des apports en nature a déjà eu lieu lors de la constitution de cette société ou à l'occasion d'une augmentation de capital postérieure (art. 8 de la loi du 7 mars 1925). Rien ne démontre que la valeur des apports ne soit maintenue, et la garantie initiale résultant de l'observation de la loi de 1925 n'existe plus nécessairement, lors de la constitution de la société anonyme par voie de transformation.

130. — *Opinion contraire de Lacour.* — Néanmoins, on a longtemps pensé que les associés transformateurs pouvaient, dans une hypothèse particulière, se dispenser de l'évaluation et de l'approbation des apports en nature. Cette hypothèse est celle que vise l'article 4 - 8° de la loi du 24 juillet 1867 :

> Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis.

Ainsi donc, lorsque les apports sont constitués uniquement de biens en nature, lorsque les fondateurs de la société apportent un bien qui leur appartient par indivis (une usine, un fonds de commerce) et lorsqu'il n'existe aucun autre associé, il n'y a pas lieu à la vérification de l'apport. Nous avons vu [1] que l'article 4 de la loi de 1867 avait été écrit pour éviter l'exagération de la valeur des apports en nature, préjudiciable aux souscripteurs en numéraire. Losqu'il n'existe pas d'apporteurs en numéraire et que tous les associés sont copropriétaires par indivis du même bien en nature, ils sont dans une situation égale. Exiger l'évaluation serait inutile et ridicule, puisque les apporteurs seraient à la fois juges et parties :

> Il n'y a pas là d'actionnaires appelés et qui, trompés par de fausses apparences, acceptent en aveugles des apports ou des stipulations qu'ils n'ont ni connus, ni contrôlés. L'absence d'approbation tient uniquement à l'absence même de l'élément intéressé à exercer le contrôle [2].

Telle est la règle que pose le dernier alinéa de l'article 4 de la loi de 1867. Lacour n'hésite pas à l'appliquer à l'hypothèse de transformation [3]. Pour ce faire, il observe tout d'abord que les travaux préparatoires de la loi de 1867 ont eu surtout en vue le cas où une société par intérêts se transforme en société par actions. Ceci est exact [4]. A l'époque où a été votée la loi de 1867, la doctrine était incertaine sur le point de savoir si les sociétés par intérêts possédaient

---

1. V. *supra*, n° 128.
2. V. *Commentaire de la loi sur les sociétés*, par MATHIEU et BOURGUIGNAT, p. 327, XVIII.
3. LACOUR et BOUTERON, *Droit commercial*, 2e éd., n° 450.
4. V. MATHIEU et BOURGUIGNAT, *op. cit., loc. cit.*

la personnalité morale. Cette notion étant mal dégagée, les auteurs d'alors avaient tendance à considérer le fonds social comme la propriété indivise des associés. Que le fonds social se compose essentiellement de biens en nature, que les associés soient en nombre suffisant pour satisfaire au chiffre minimum de sept membres (qu'exige la loi du 24 juillet 1867, art. 23) sans avoir besoin de compléter le personnel de la société qui se transforme en faisant appel à des souscripteurs en numéraire. Et l'on comprend aisément que les rédacteurs de la loi de 1867 aient pu inscrire l'hypothèse de transformation d'une société par intérêts en société anonyme dans le cadre de l'article 4 (al. 8) de la loi du 24 juillet 1867. Cette assimilation est logique et découle directement de l'analyse du patrimoine social en une propriété indivise. Mais les idées ont évolué depuis la loi de 1867. L'évolution économique, les progrès réalisés par les différentes types de sociétés ont modifié sensiblement les données de la plupart des problèmes. Nul n'oserait aujourd'hui nier l'existence d'une personnalité morale des sociétés. Cet écran, qui s'interpose entre les associés et le patrimoine social, a remplacé avantageusement l'explication du fonds social, propriété indivise des membres de la société. Le fonds social appartient à la société, personne morale. L'associé n'est que créancier de sa part, dans les bénéfices [1]. Si la question a pu faire difficulté à une époque où la doctrine du droit commercial en était à ses premiers pas, il est aujourd'hui constant et bien établi que le régime de la société, personne morale, est essentiellement différent de celui de l'indivision. Nous empruntons à Thaller [2] un passage marquant :

> ... L'indivision est un état subi, tenant au concours accidentel de plusieurs sur une même chose... où l'on se maintient par inertie, parce qu'on n'a pas la force de volonté ou le moyen légal d'en sortir; la société, au contraire, est un état cherché, à raison de sa supériorité productive.

La notion de société, personne morale, exclut celle d'indivision [3].

Si l'explication historique de l'article 4 - 8° de la loi de 1867 a vieilli et n'a plus cours de nos jours, M. Lacour l'a reprise à son compte sous une forme différente. Il déplace la question sur un autre terrain et en situe l'intérêt sur le court intervalle de temps qui sépare, selon lui, l'abandon de la forme ancienne et l'adoption d'une forme nouvelle :

> L'observation ne nous paraît pas exacte, même en admettant que les sociétés par intérêts jouissent de la personnalité. En effet, la société en

---

1. V. par ex.: Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 4e éd., t. II, IIe partie, n° 107.

2. Thaller et Percerou, n° 239.

3. Il faut noter certaines impropriétés de terminologie qui pourraient incliner à une opinion contraire. Les auteurs admettent, par exemple, que la copropriété des navires constitue non une indivision, mais une forme particulière de société: Thaller et Percerou, n° 150; Ripert, *Droit maritime*, t. I, nos 674 *sq. Adde:* Cass., 27 février 1883, *D.*, 1884-1-29. Sur tous ces points, voir Escarra et Rault, *Les sociétés commerciale*, 1950, n° 66.

question devant d'abord se dissoudre pour faire place à la société par actions qui lui succède, il y a forcément, entre la dissolution de l'une et la constitution de l'autre, un intervalle de temps, si court soit-il, pendant lequel les biens sociaux se trouvent dans l'indivision [1].

Ainsi, selon cet auteur, il y aurait une lueur d'indivision pendant cet intervalle de temps. Un tel système est inacceptable. Il n'est pas juridiquement fondé et risquerait, s'il était admis, d'engendrer en pratique de graves inconvénients.

131. — *Réfutation de cette théorie.* — Juridiquement d'abord, l'argument de M. Lacour est inacceptable. Il procède d'une méconnaissance absolue de la nature juridique de la transformation d'une société. Cette opération révèle la continuité de l'être moral qui poursuit son existence sous une forme différente. L'une des caractéristiques essentielles de la transformation est de ne point entraîner de liquidation de la société qui change sa forme. Absence de liquidation, absence d'une constitution nouvelle, tels sont les caractères par lesquels s'affirme la pérennité de l'être moral et qui permettent de distinguer la transformation d'hypothèses voisines et notamment de l'hypothèse de fusion. Il arrive parfois que l'état d'indivision succède à la société. Il en va ainsi dans le cas de la dissolution d'une société. Si la personnalité morale de la société, par pure fiction, prolonge son existence pour les besoins de la liquidation, il faut bien observer qu'il n'y a pas, même dans cette hypothèse particulière, coexistence de la personnalité de la société et de l'état d'indivision. Ce n'est en effet que lorsque la liquidation définitive est terminée, c'est-à-dire lorsque le passif est éteint, que le solde qui ressort de l'opération comptable de liquidation donne naissance à l'état d'indivision proprement dit. Mais, à ce moment-là, la fiction de la personnalité morale de la société, limitée par définition à l'opération de liquidation, a cessé d'exister avec la disparition du passif. Les deux états se succèdent, mais ne coexistent pas [2]. Dans le cas de transformation pure et simple, il n'y a aucune lueur d'indivision. La succession des formes est instantanée. Le vote de la modification des statuts est la décision fatidique qui déclenche l'opération. C'est le pivot autour duquel tourne l'être moral pour venir se placer sur un autre plan. L'idée de pérennité de l'être moral est exclusive de l'état d'indivision, existât-il à l'état de « lueur ». Il en résulte que l'exception que consacre le dernier alinéa de l'article 4 de la loi de 1867 est inapplicable à l'hypothèse de transformation. Il est nécessaire de procéder, en la circonstance, à la procédure de vérification des apports en nature, s'il y en a. Il n'y a pas, à proprement parler, apport, puisqu'il n'y a pas dissolution et

1. V. Lacour et Bouteron, *op. cit.*, n° 450, note 2.
2. V. Escarra et Rault, *op. cit.*, n° 66.

constitution nouvelle. La formalité de l'article 4, dans le cas où la société qui change de forme ne perd pas sa personnalité, s'analyse moins en une procédure d'évaluation qu'en une procédure de réévaluation des apports en nature. La discussion est la même que dans l'hypothèse sur laquelle a statué la Chambre civile le 17 juin 1936. Les arguments que nous avons avancés pour défendre le système de cet arrêt conservent toute leur valeur et peuvent être transposés ici [1].

L'argument de Lacour est extrêmement dangereux, et il serait peu souhaitable pour le crédit qu'il vienne à l'emporter. La commisison chargée d'examiner le projet de loi sur les sociétés ne voulait pas que la dispense de vérification des apports indivis fût un moyen d'échapper à toute vérification et de jeter, sans entraves, le lendemain de la création de la société, des actions sur le marché public. Pour prévenir cet usage frauduleux de la faculté concédée par la loi, la commission avait proposé que fût interdit l'appel à une souscription publique. Mais le Conseil d'Etat repoussa cette partie de l'amendement [2]. Ces craintes étaient légitimes. La jurisprudence, dans les années qui suivirent 1867, étendit l'exception de l'article 4 - 8° de la loi du 24 juillet, prévue pour l'unique cas d'apport de biens indivis, à l'hypothèse d'apports en nature dont les associés étaient individuellement propriétaires [3]. Lorsqu'il a créé l'exception de l'article 4 - 8° de la loi de 1867, le législateur a eu exclusivement en vue l'opposition actuelle d'intérêts entre les apporteurs en nature et les apporteurs en numéraire dont les premiers peuvent, dont les seconds ne peuvent pas majorer la valeur de ce qu'ils mettent en société. Mais l'expérience a suffisamment démontré les dangers de l'exception au principe de vérification des apports en nature. Le danger est considérable pour les créanciers de la société également, les obligataires par exemple, car on peut annoncer un capital très exagéré ou même presque fictif [4]. La *sécurité des tiers* implique que l'exception soit interprétée restrictivement. M. Lacour lui-même a bien été obligé de l'admettre et a corrigé ses idées. Cet auteur a d'abord soutenu que l'exception prévue par le dernier alinéa de l'article 8 s'appliquait au cas où différents apports en nature étaient faits par plusieurs groupes distincts d'actionnaires, chaque groupe réalisant une masse indivise distincte des autres [5]. Il enseigna ensuite que :

Cette objection (le fait que les mêmes individus seraient à la fois vérificateurs et vérifiés) n'existe pas dans le cas où les actionnaires se divisent en plusieurs groupes, dont chacun fait un apport en nature différent; on conçoit alors la possibilité de vérifications réciproques. Cependant, la juris-

1. V. *supra*, n°s 107 sq.
2. V. MATHIEU et BOURGUIGNAT, *op. cit.*, p. 328, n° XVIII, *in fine*.
3. V. not. C. Réunion, 16 juin 1876, *D.P.*, 1878-2-201, note 3; Cass. civ., 26 avril 1880, *D.P.*, 1880-1-268; Paris, 20 mars 1891, *Rev. Soc.*, 1891-519.
4. V. sur ce point: LABORDE-LACOSTE, *Droit commercial*, 3e éd., n° 399.
5. V. LACOUR et BOUTERON, 2e éd., n°s 450 *sq.*

prudence ne les exige pas, parce que, d'après elle, les formalités de l'article 4 sont instituées seulement dans l'intérêt des souscripteurs de numéraire. C'est une interprétation très contestable [1].

Que le capital de la société qui se transforme en société anonyme soit composé uniquement de biens en nature ou que ces biens coexistent avec des biens en numéraire, l'article 4 de la loi de 1867, qui impose une évaluation des apports en nature, s'applique. Il y a lieu à une réévaluation des biens, en toute hypothèse.

V. — Nombre des associés.

132. — L'article 23 de la loi du 24 juillet 1867 impose un nombre minimum d'associés :

La société ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept [2].

La rigueur de la jurisprudence est connue quant au respect de ce chiffre fatidique. Tantôt elle annule une société anonyme dans laquelle, sur sept actionnaires nominaux, trois n'avaient jamais été souscripteurs sérieux [3] ; tantôt elle considère que les actions souscrites par un mari et sa femme, à raison du jeu des régimes matrimoniaux, n'appartiennent en réalité qu'au mari, et elle prononce la nullité pour défaut du chiffre minimum d'actionnaires que requiert l'article 23 [4]. Le législateur a estimé qu'il ne fallait pas donner à une seule personne, ou à un trop petit nombre, l'usage d'un mécanisme juridique de l'importance d'une société anonyme. Il serait trop difficile, à défaut du nombre minimum requis, d'instituer un conseil d'administration, une assemblée générale des actionnaires ou des commissaires de surveillance (dans une société en commandite par actions).

La société qui se transforme purement et simplement en société anonyme doit comprendre au moins sept associés parmi ses membres, sinon la transformation serait irréalisable, l'article 23 de la loi de 1867 ayant un caractère d'ordre public. Dès lors, si la société qui change de forme ne comprend pas ce nombre minimum d'associés, il y aura

---

1. Lacoue, *Précis de droit commercial*, 5e éd., 1938, n° 232.

2. Ce nombre a été emprunté à la loi anglaise, mais il s'agit en Angleterre non des associés, mais des fondateurs. Le droit allemand se contente de cinq actionnaires. La loi suisse subordonne le nombre d'actionnaires aux exigences de l'administration de la société.

3. Cass. civ., 28 décembre 1891 (*D.P.*, 93-1-173).

4. Trib. civ. Seine, 13 décembre 1878, rapporté sous Cass. civ., 14 décembre 1881 (*D.P.*, 82-1-289; *S.*, 93-1-3).

lieu, pensons-nous, d'y faire entrer préalablement de nouveaux membres en procédant soit à une augmentation de capital, soit à des cessions de parts ou d'actions [1].

§ 3. — Règles que doit respecter toute société qui se transforme en société a responsabilité limitée

133. — La loi du 7 mars 1925, « tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée », contient un certain nombre d'articles sur les conditions auxquelles doivent se plier les individus qui créent une société de ce type. L'article 9 de la loi contient une indication intéressante sur le prix que le législateur a attaché à quelques-unes de ces règles. La nullité absolue, qui est la sanction que ce texte édicte, nous révèle ainsi que les auteurs de la loi de 1925 ont entendu donner une valeur essentielle aux prescriptions des articles 2, 4, 6, 7 et 8 de cette loi. Un arrêt récent de la Cour de cassation a explicitement affirmé qu'aucune distinction ne doit être faite entre ces règles quant à la gravité de leur infraction [2]. Il semble donc que l'on puisse affirmer en toute certitude que ces règles, qui sont le socle de la loi de 1925, s'imposent à la société qui se transforme, tout comme à celle qui, en adoptant la forme à responsabilité limitée, naît à la vie juridique.

Le respect de ces règles par une société d'un autre type qui se transforme purement et simplement en société de la loi de 1925 est d'autant moins douteux que le législateur, en créant en France la société à responsabilité limitée qui confère à ses membres d'immenses avantages, a eu soin de l'enfermer dans une réglementation stricte, sévère, pour sauvegarder l'intérêt des tiers, l'intérêt du crédit. Les règles posées par les articles 2, 4, 6, 7 et 8 de la loi de 1925 sont empreintes de ce souci de garantir les tiers. Nous venons de voir que la Cour de cassation, par son arrêt du 17 juin 1936, a précisément argué du même critère pour imposer le respect de l'article 8 à une société qui se transformait en société à responsabilité limitée. Les motifs sur lesquels la Chambre civile a appuyé sa décision sont valables tout aussi bien pour les articles 2, 4, 6 et 7 de la loi de 1925. L'intérêt des tiers surplombe ces articles, et toute société qui change sa forme pour celle de la loi de 1925 doit les respecter.

Mais il conviendra également d'envisager les problèmes que peut poser la présence de mineurs [3] ou d'époux dans la société qui se transforme en société à responsabilité limitée.

---

1. Les auteurs classiques reconnaissaient eux-mêmes le caractère impératif de l'article 23. V. not. Houpin et Bosvieux, *Tr. gén. des soc.*, 6e éd., n° 1001, et Lacour, *Journ. Soc.*, 1913, p. 107.

2. Cass. civ. (sect. com. et fin.), 29 novembre 1948 (*Journ. Soc.*, 1950, 23).

3. Au reste, nous verrons que la solution posée par l'arrêt du 17 juin 1936 influence directement le problème que soulève la présence de mineurs dans une société qui se transforme en société à responsabilité limitée. V. *infra*, n° 140.

I. — Objet de la société.

134. — L'article 2 est ainsi conçu :

Elles (les sociétés à responsabilité limitée) peuvent être constituées pour un objet quelconque. Toutefois, les sociétés d'assurance, de capitalisation et d'épargne ne peuvent adopter cette forme.

Il faut, en effet, pour se livrer aux opérations d'assurance, de capitalisation et d'épargne, beaucoup de capitaux, et les sociétés à responsabilité limitée n'en possèdent jamais une quantité considérable. Des lois spéciales sont venues compléter la prescription de l'article 2. La loi du 13 juin 1941 (art. 6) leur interdit les entreprises de banque. La société de 1925 est interdite aux auxiliaires, remisiers, agents de change ou courtiers en valeurs (Ord. 18 octobre 1945, aj. art. 19ter, L. 14 février 1942). L'ordonnance du 13 octobre 1945 a interdit aux sociétés à responsabilité limitée les entreprises de spectacles [1]. Il est question également de leur interdire, sans que personne sache au juste pour quelle raison, le financement des entreprises cinématographiques [2].

La règle de l'article 2 a été écrite dans l'intérêt des tiers. Le législateur a redouté l'insolvabilité de la société, en l'absence de la responsabilité des associés. Cette règle est pour ainsi dire une condition négative pour la société qui veut acquérir le type à responsabilité limitée par voie de transformation, puisqu'elle soumet la validité de la constitution (et par conséquent celle de la transformation, puisque cette règle vise aussi cette hypothèse), non à la réalisation, à l'existence, mais à l'inexistence d'une condition. Quoi qu'il en soit, cette règle est impérative et toute société qui veut adopter le type de 1925 doit s'y conformer. Il importe, toutefois, d'observer que la question ne se posera guère qu'à l'occasion d'une transformation de société par actions. Les entreprises d'assurances, de capitalisation, d'épargne, de banque, de spectacles, nécessitent, en effet, la mise en œuvre de capitaux importants que seule la forme anonyme permet aujourd'hui de réaliser.

II. — Capital social et parts sociales.

135. — L'article 6 de la loi du 7 mars 1925 prévoit deux ordres de prescriptions, l'une visant le capital (al. 1) et l'autre (al. 2) sa division en parts sociales :

---

1. Art. 6, § 3 de la loi (voir cette loiau *D.*, 1945-L-282, et *B.L.D.*, 1945, 390).
2. L'ordonnance du 20 octobre 1945 leur interdisait la tenue des débits de boissons. Mais elle a été abrogée par la loi du 30 mars 1946.

Le capital social doit être de 50.000 francs au moins. Il ne peut être réduit au-dessous de ce chiffre (réd. D.-L. 14 juin 1938). Il se divise en parts sociales d'une valeur nominale égale, laquelle ne peut être inférieure à 100 francs.

Le capital social minimum exigé par la loi de 1925 était dérisoire : 25.000 francs. Le décret-loi du 14 juin 1938 l'a porté à 50.000 francs. Ce décret-loi ne s'applique pas aux sociétés à responsabilité limitée constituées antérieurement à 1938, avec un capital inférieur à ce chiffre. Ce capital minimum ne représente aucune garantie pour les tiers, à une époque de dépréciation monétaire où 50.000 francs représentent à peine le prix d'une machine à écrire. Une réforme législative s'impose. Un auteur, dès 1925, réclamait que ce minimum légal fût relevé à 200.000 francs « au moins » [1]. Le législateur de 1925 a voulu, en imposant un chiffre minimum de capital, éviter la création de sociétés à un capital ridiculement bas. L'effondrement des prix, dans les dernières années, a bouleversé l'équilibre que le législateur avait entendu assurer, en 1925 et en 1938.

La règle que pose l'article 6 est une règle d'ordre public. Dans l'hypothèse où une société d'un type quelconque adopte le type à responsabilité limitée et si le capital de la société qui change ainsi de forme est inférieur à 50.000 francs, il devra être augmenté jusqu'à concurrence de cette somme, pour que l'opération de transformation soit valable. La question se posera surtout à l'occasion de sociétés en nom collectif ou en commandite simple, car il y a peu de sociétés par actions, même de faible envergure, dont le capital social est inférieur à ce chiffre.

La division du capital en parts sociales de 100 francs au moins n'intéresse pas directement l'opération de transformation. Elle en est une conséquence. Elle lui est postérieure. C'est davantage une formalité d'organisation intérieure, d'administration de la société à responsabilité limitée qu'une formalité constitutive proprement dite.

III. — Libération intégrale des parts sociales.

136. — *Le texte : article 7, L. 7 mars 1925.* — Cette condition résulte de l'article 7 de la loi du 7 mars 1925 :

Les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent être définitivement constituées qu'après que toutes les parts ont été réparties entre les associés dans l'acte de société et qu'elles ont été libérées intégralement. Les parts sociales

---

1. Auger (*Rev. Soc.*, 1927, p. 124). *Adde :* Chaine (*Bulletin de l'Association des Notaires de France*, 1925, p. 521). En droit allemand, une loi du 28 juin 1926 a élevé le chiffre minimum des G.m.b.H. à 20.000 marks. Le chiffre, critiqué dès la parution de la loi (Hachenburg, *in D.J.Z.*, 1926, 1324), ne cessa de l'être par la suite. Certains auteurs proposaient d'élever ce chiffre dans

correspondant en tout ou en partie à des apports en nature doivent toujours être entièrement libérées au moment de la constitution de la société. Les fondateurs doivent déclarer expressément dans l'acte de société que ces conditions sont remplies.

La lecture de ce texte donne l'impression qu'il existe une certaine contradiction entre le premier alinéa, qui impose la libération intégrale des parts, et le second, qui précise que les parts sociales représentant des apports en nature « doivent toujours être entièrement libérées au moment de la constitution de la société ». Par un raisonnement *a contrario,* il semblerait donc que ce second alinéa exclut la nécessité, pour les parts de numéraire, d'être entièrement libérées. Ceci s'explique par le fait que, dans le texte du projet de loi, la libération intégrale des parts ne concernait que les parts correspondant à des apports en nature, les autres (les parts de numéraire) pouvant se contenter d'une libération de moitié de leur valeur. Mais, dans le but de garantir les créanciers sociaux tout en laissant à chaque associé le fardeau de sa propre responsabilité, le principe de la libération intégrale des parts de numéraire prévalut définitivement. Le deuxième alinéa de l'article 7 devint inutile. La précision apparaît aujourd'hui comme superfétatoire et vicieuse [1].

137. — *Que faut-il entendre par libération intégrale des parts ?* — La question de la libération intégrale des parts, condition nécessaire pour assurer l'intégralité du capital social annoncé, s'est posée aux tribunaux, la plupart du temps, de la manière suivante : à quoi correspondent les parts sociales ? Sera nulle la société à responsabilité limitée constituée par voie de transformation, lorsque la valeur réelle de l'actif de cette société est, en réalité, bien inférieure à celle que l'acte de transformation lui prête : les parts distribuées aux associés ne sont pas intégralement libérées. Telle est la question, telle est sa réponse, mais il importe d'en préciser le contenu.

Si l'article 7 indique que les parts sociales correspondant à des apports en nature dans une société à responsabilité limitée doivent toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de cette société, ce texte n'impose pas que le fonds apporté, représentatif de ces parts, soit dégrevé de toute charge. Il suffit que les charges soient nettement spécifiées dans l'acte pour qu'on puisse en déduire la

---

la proportion de 25 à 50 % (KLAUSING, *G.m.b.H.*, S. 54). Une réforme était désirée en ce sens. (V. thèses de Hans BERNARTZ et REINHARD-SCHMIDT, Köln, 1938). La loi du 18 décembre 1936, qui a consacré l'existence de la société à responsabilité limitée en Suisse, a posé, quant au chiffre du capital, un minimum de 20.000 francs et un maximum (2.000.000 de francs) (art. 773).

1. V. sur ce point : *Bulletin Soc. études législatives*, 1921, pp. 98 et sq. ; PIC et BARATIN, n° 167 ; CHAMBAZ-LEBLOND, n° 158 *a* ; PIOT, n° 11 ; HOUPIN et BOSVIEUX, 6e éd., n° 1569.

valeur réelle des parts sociales et en faire une judicieuse estimation. Un jugement du Tribunal de commerce de Toulouse, du 19 décembre 1929 [1], a pu ainsi décider que, lorsque dans l'acte constitutif d'une société à responsabilité limitée, l'apporteur d'un fonds de commerce, représentatif de ses parts sociales, s'est engagé à rapporter mainlevée des inscriptions qui grevaient ce fonds, l'obligation qu'il a assumée suffit pour consacrer la libération de ses parts dans le sens de l'article 7. N'est pas nulle non plus une société à responsabilité limitée à laquelle il a été apporté des immeubles hypothéqués, si la valeur nette de ces immeubles, déduction faite des dettes à la garantie desquelles ils étaient affectés, dépassait la somme pour laquelle ils ont été apportés [2]. Par contre, sera nulle, pour défaut de libération des parts, la société à responsabilité limitée dont le capital est constitué uniquement par un fonds de commerce grevé d'une inscription de privilège de vendeur pour l'intégralité du prix de vente et de dettes à la charge de la société, dissimulées dans l'acte constitutif pour un montant supérieur à la valeur déjà surestimée qui a été attribuée à cet apport [3]. Subira le même sort la société à responsabilité constituée par transformation d'une société en nom collectif, lorsque le capital social est constitué pour partie par le matériel estimé à sa valeur intégrale, alors que la société n'en possédait que la moitié et, d'autre part, par les immeubles où s'exploite son industrie, alors que, déjà surestimés, ils sont encore hypothéqués pour une somme supérieure à leur valeur et que les apporteurs étaient incapables de rapporter mainlevée des hypothèques [4]. La solution est constante, approuvée par la doctrine [5]. La plupart du temps, le Tribunal déclare que la société ainsi constituée est fictive et l'annule.

138. — *L'article 7 s'applique au cas de transformation.* — Ces principes sont applicables au cas de transformation pure et simple d'une société en société à responsabilité limitée. La règle de l'article 7 est

---

1. *Gaz. Pal.*, 1930-1-411 ; *Rev. Soc.*, 1930, 353.

2. Riom, 2 mai 1932 (*Rev. Soc.*, 1932, 213). Rapprocher de cette décision : Trib. com. Roanne, 15 avril 1931 (*Rev. Soc.*, 1932, p. 88).

3. Trib. com. Nantes, 15 décembre 1930 (*Rev. Soc.*, 1932, 116). Doit, de même, être considéré comme nul le projet d'une société à responsabilité limitée dans laquelle l'un des apporteurs en numéraire aura le droit de se libérer ultérieurement de son apport par la vente d'un immeuble : Cour de Rabat, 15 mars 1949 (*Rev. Soc.*, 1950, 31).

4. Trib. civ. Corbeil, 18 février 1930 (*Rev. Soc.*, 1930, p. 161, et la note Auger).

5. Houpin et Bosvieux, 6e éd., I, p. 561 ; Copper-Royer, I, pp. 347-348 et la note. V. aussi : Cass. civ., 22 février 1892 (*S.*, 93-1-49) ; Riom, 22 novembre 1923 (*Rev. Soc.*, 1928, 71) et la note. *Adde :* Paris, 21 décembre 1933 (*J.S.*, 1934, 308 ; *D.*, 1935-2-30) ; Paris, 17 juin 1936 (*Sem. Jur.*, 1936, 1313). En ce dernier cas, un fonds de commerce avait été apporté à une époque où l'apporteur n'en était pas encore propriétaire.

d'ordre public. La Cour suprême l'a bien des mois affirmé [1], tout en s'efforçant d'en atténuer la rigueur par une application très souple de la théorie des nullités [2]. Si la doctrine a pu considérer que l'article 7, dans ses formes mêmes, ne visant que les conditions à remplir lors de la constitution de la société, ne saurait recevoir son application au cas de transformation pure et simple [3], les principes nouveaux dégagés en cette matière par la jurisprudence récente ne laissent plus de place à une telle opinion [4].

Sans doute, la personnalité morale de la société n'est pas affectée par la transformation prévue par la loi et par les statuts. Mais cette considération est de peu de poids. L'article 7 est imposé à la société qui se forme dans l'intérêt des tiers qui s'engageront avec la société, contracteront avec elle, dans la mesure où ils penseront que le chiffre du capital social annoncé leur offre une garantie suffisante. L'article 7 et l'article 8 de la loi de 1925 sont deux dispositions jumelles dont le but est de garantir la sincérité du capital social de la société qui change de forme [5]. La solution donnée par la Cour de cassation le 17 juin 1936 pour l'article 8 de la loi de 1925 s'applique et, pour la même raison, à l'article 7. Si donc les actions de numéraire de la société qui veut se transformer ne sont pas entièrement libérées, il conviendra ou bien d'en faire compléter la libération avant le vote de transformation, ou bien de réduire le capital d'une somme égale aux versements non effectués [6].

Le troisième alinéa de l'article 7, qui impose aux fondateurs de déclarer, dans l'acte de société, que les parts sociales ont été entièrement libérées doit, selon nous, recevoir application au cas où une société se transforme en société à responsabilité limitée, sans perdre sa personnalité. Cette prescription a, en effet, pour but de rassurer les tiers en leur faisant connaître que la somme qui représente le capital social a été effectivement versée [7]. C'est la constation, la

---

1. Cass. civ. (Sect. com. et fin.), 29 novembre 1948 (*Journ. Soc.*, 1950, p. 23) et la note. A rapprocher: Cass. req., 2 janvier 1940 (*J.S.*, 1941, 413; *D.*, 42, 78; *Rev. Soc.*, 1941, 313).

2. V. *infra*, n° 144 sq.

3. V. notamment note Houpin, sous Paris, 21 décembre 1933 (*J.S.*, 34, 308) et les nombreuses références à la doctrine et à la jurisprudence citées par cet auteur.

4. V. des éléments de résistance à l'opinion traditionnelle dans: Paris, 13 juillet 1909 (*J.S.*, 1911, 67 sq.).

5. V. *supra*, n° 106, et la controverse possible.

6. V. en ce sens: Auger (*Rev. Soc.*, 1925, 168); Auger et Michel, n° 13; Houpin et Bosvieux, 6e éd., n° 1026.

7. La jurisprudence attache une grande importance à la sincérité et à la réalité de cette évaluation. La Cour de cassation décida à une date récente que, lorsque deux personnes ont constitué une société à responsabilité limitée au capital de 100.000 francs, dont l'une a versé 60.000 francs et l'autre, nommée gérante, 40.000 francs, et que le montant du capital souscrit est demeuré entre les mains du gérant, les parties ont affirmé inexactement dans l'acte constitutif que les parts souscrites étaient libérées (Cass. crim., 11 janvier 1945, *Rev. Soc.*, 1945, 140).

déclaration officielle qui renseigne les tiers. Les dangers qui menacent ces derniers étant les mêmes, au cas de société à responsabilité qui se forme ou au cas de transformation en ce type, la prescription du troisième alinéa de l'article 7 doit être obéie. Les statuts modifiés de la société transformée devront donc comprendre cette déclaration.

IV. — Evaluation des apports en nature.

139. — Nous avons déjà longuement étudié la règle que porte l'article 8 [1] : les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature [2]. Cette règle s'impose à la société qui se transforme, car la situation des tiers peut être aussi compromise dans ce cas que dans l'autre [3]. La décision de la Cour de cassation du 17 juin 1936 a une haute valeur pratique. Elle permet d'assurer l'unité de régime d'une société qui a toujours fonctionné sous le type à responsabilité limitée et d'une société qui a été acquise à ce type par voie de transformation. Il n'est pas question de revenir sur la discussion, mais il importe ici de rappeler que la Cour a entendu poser une règle très générale qui transcende le cadre de l'espèce qui lui était soumise.

L'évaluation des apports en nature s'impose à toute société qui adopte, par voie de transformation, le type de la loi de 1925. Cette solution doit même s'appliquer au cas où la société, avant sa transformation, fonctionnait sous la forme anonyme. Vainement avancerait-on que, dans ce cas, l'évaluation est inutile, puisqu'elle a déjà eu lieu lors de la création de la société anonyme. L'évaluation, l'approbation, la vérification des apports imposées par l'article 4 de la loi de 1867 ne représentent une garantie pour les tiers qu'au moment où la société fonctionne sous la forme anonyme. Tant que la société fonctionne sous cette forme, elle a effectué des opérations bonnes ou mauvaises qui l'ont rendue créancière, débitrice, et dont le résultat a été presque toujours de modifier la composition des biens qui, à l'intérieur de la société, représentaient, à l'origine, le capital social. Il semble honnête et logique de procéder à une réévaluation du capital lorsque la société

---

1. V. *supra*, n°s 101 sq.

2. Le second alinéa de l'article a créé une action en nullité qui se prescrit par dix ans. Le décret du 30 octobre 1935, qui a raccourci les délais de prescription en matière de formalités constitutives et les a ramenés à cinq ans, n'a pas touché à l'article 8. Cela montre bien la gravité que le législateur attache à cet article.

3. Ce souci de protéger les tiers, les créanciers, se trouve dans le Droit allemand : v. Docteur Max Barella, *Gläubigerschutz bei liquidationsloser Umwandlung einer GmbH, Neue juristische Wochenschrift*, 1951, Heft 2, *S.*, 57.

anonyme se transforme en société à responsabilité limitée et que ce capital comprend des biens en nature[1].

L'une des conséquences directes de cette solution est de soumettre l'incapable (mineur non émancipé ou interdit), membre de la société qui se transforme en société à responsabilité limitée, à la responsabilité solidaire que prévoit l'article 8, lorsqu'il existe, dans le capital de la société qui change de forme, des biens en nature. Cette situation, à vrai dire, se présente dans des hypothèses très nettement délimitées : lorsque la société antérieure était une société anonyme, une société en commandite par actions ou une société en commandite simple (l'incapable faisant partie de ce type de société en qualité de commanditaire).

V. — Présence de mineurs dans la société qui se transforme.

140. — *Portée de l'article 8 de la loi du 7 mars 1925.* — Les membres de la société à responsabilité limitée ne sont pas commerçants. Donc, on ne peut pas les soumettre à la faillite. C'est la société elle-même qui est commerciale (art. 3 de la loi du 7 mars 1925) et qui, à ce titre, peut être déclarée en faillite. Le mineur ou l'interdit peuvent donc, semble-t-il, entrer dans une société à responsabilité limitée, sans engager leur responsabilité. La libération des parts devant être intégrale, la souscription des parts de numéraire constitue un placement et un simple acte d'administration que, par exemple, peut faire un mineur émancipé, seul ou assisté de son curateur. Ces principes sont constants en doctrine et en jurisprudence[2].

Le problème est tout autre et existe dans l'hypothèse où il y a dans la société à responsabilité limitée des biens en nature soumis à l'évaluation de l'article 8. La question est traditionnelle. Elle s'est posée

---

1. V. en ce sens : Daniel Bastian (*Journ. Soc.*, 1945, art. préc., p. 97, n° 16) et G. Ripert (*Tr. de droit comm.*, n° 830, p. 323). Cette opinion est confirmée par la proposition de loi émise par la Corporation des Jurisconsultes du ressort de la Cour d'appel de Paris (conférence du 18 novembre 1942). L'article 3, qui réglemente la « transformation en société par actions d'une société d'une autre forme », prévoit que « la société transformée doit ramener son capital au montant de l'actif net lors de la transformation, si cet actif est inférieur » (§ *a*) et que, « si dans les deux ans précédant la transformation, il a été fait à cette société des apports en nature, ceux-ci doivent être vérifiés par un ou plusieurs commissaires nommés à la requête des gérants de la société » (§ *b*). V. *contra :* Caen, 24 janvier 1949 (*J.C.P.*, 1949, 5294).

2. Chambaz-Leblond, *op. cit.*, n°s 112 et 446 ; Gain, *Les sociétés à responsabilité limitée*, 3e éd., n° 19 ; Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 131 sq. ; Lepargneur, *Journ. Soc.*, 1925, p. 273 ; Pic, *Sociétés*, I, n°s 384 et 402. *Adde :* la note de Lyon-Caen, sous Paris, 21 mai 1884 (*D.*, 85-2-177 ; *S.*, 85-2-97) et Paris, 22 novembre 1929 (*D.H.*, 1930, 170). Voir *contra :* Defrénois, *Traité formulaire des sociétés à responsabilité limitée.*

dès la promulgation de la loi de 1925. Mais, depuis l'arrêt du 17 juin 1936, qui a imposé le respect de l'article 8 de la loi de 1925 au cas de transformation, elle apparaît sous une forme nouvelle : un mineur [1] peut-il, par l'intermédiaire de son tuteur, échanger les parts qu'il possédait à titre de commanditaire dans une société en commandite simple ou les actions dont il était titulaire dans une sociétié anonyme lorsque la société dont il fait partie se transforme en société à responsabilité limitée et que son capital comprend des biens en nature ?

141. — *Position de la jurisprudence. Critiques.* — Dès les années qui suivirent 1925, les auteurs avaient fort bien noté l'antinomie de ces deux idées : l'esprit de la loi de 1925 qui tendait à créer des « sociétés de famille » où le père et ses enfants pourraient travailler côte à côte [2] et, d'autre part, le poids d'une énorme responsabilité résultant du texte de la loi, qui placerait le représentant du mineur dans l'impossibilité absolue de s'engager au nom de son pupille, le Code civil réglementant très étroitement et limitativement les pouvoirs du tuteur [3].

Si le premier argument, qui voit dans la société à responsabilité limitée une société d'esprit familial, a pu avoir jadis quelque influence, il n'en a plus et apparaît, un quart de siècle après la loi de 1925, comme bien démodé. Certes, les statistiques révèlent que les sociétés à responsabilité limitée comprenant davantage de vingt membres demeurent l'exception. Mais il n'en faut pas pour autant conclure que la société créée en 1925 a gardé l'esprit familial. Cette forme de société, présentant de grands avantages fiscaux et juridiques, s'est rapidement étendue au cercle des étrangers. Ce débordement du cadre familial est tellement net aujourd'hui qu'un projet de loi récent a pu envisager un retour à la conception idéale voulue par les auteurs de la loi de 1925. La proposition Rigal du 8 décembre 1949 tendrait, en effet, à admettre les parents en ligne directe et le conjoint, inclusivement, dans la société à responsabilité limitée. C'est interdire aux célibataires d'exercer le commerce sous cette forme ! Les gains réalisés par la société du type créé en 1925 sont trop importants pour qu'on puisse songer à un retour en arrière. La proposition Rigal restera sans doute lettre morte. Plus intéressante est la disposition de l'article 41 C.G.I. qui vise la « société de famille » proprement dite. Si le législateur a éprouvé le besoin de juxtaposer une modalité

---

1. Nous ne parlons ici, comme dans les développements qui suivent, que du mineur, car il y a davantage de mineurs que d'interdits. Mais la condition juridique de ces deux sortes d'incapables étant identique, il est bien entendu que les solutions que nous adopterons quant au mineur s'étendront, par analogie, à l'interdit.

2. Pic et Baratin, *op. cit.*, n°s 133 et 134.

3. Remarques de M. d'Aygurande, séance de l'Assemblée générale de la Société d'Etudes législatives, 1er juillet 1927, *Bulletin*, 1927, p. 293.

spéciale dite « société de famille » au type de la loi de 1925, c'est assez dire que la société à responsabilité limitée ne remplissait pas ce but familial.

Il en résulte que l'argument qui consiste à dire que le mineur qui a hérité des parts de son père défunt ne doit pas être écarté d'une société à responsabilité limitée parce que celle-ci est d'essence familiale, n'est plus probant, depuis l'évolution qu'ont subie ces sortes de sociétés.

Seul le second argument (la situation faite au mineur dans la société où des apports en nature ont été effectués est incompatible avec le statut civil de l'incapable) est à retenir. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser le nom qu'elle entendait donner à la responsabilité prévue par l'article 8 de la loi de 1925.

Dans un arrêt du 23 décembre 1939 [1], la Cour de Paris raisonna de la manière suivante :

(Considérant)... qu'il est impossible, en effet, de ne pas retenir que les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature et que, si la nullité de la société était encourue de ce chef, les associés seraient solidairement responsables du dommage résultant de cette annulation;

Considérant qu'admettre l'incapable à faire son apport avec les autres associés équivaudrait à accepter que l'interdit cautionne, à l'égard des tiers, la valeur de l'apport des autres associés;

Or, considérant qu'il est admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que le cautionnement est un des contrats absolument interdits au tuteur; que cette interdiction doit être d'autant plus formelle qu'en l'espèce l'engagement serait indéterminé; qu'ainsi, même pour cette seule raison, l'opération envisagée ne saurait être autorisée, etc...

Ainsi donc la Cour affirme qu'il s'agit d'un cautionnement, et son système peut aisément se résumer en la proposition suivante : la loi interdit le cautionnement aux incapables. Or, la solidarité qui découle de l'article 8 est un cautionnement; par conséquent, le mineur ne peut pas faire partie d'une société à responsabilité limitée lorsqu'il y a, dans le capital de cette société, des biens en nature.

La règle posée par cet arrêt est brutale. Pour la première fois, à notre connaissance, une juridiction prend parti sur la question du mineur des apports en nature, du moins aussi nettement [2]. Si le souci de protection des intérêts du mineur, que révèle l'arrêt, est légitime et louable, il faut désapprouver l'argument que la Cour invoque

---

1. *Journ. Soc.*, 1942, p. 222; *D.C.*, 1941, p. 45, et note RIPERT.

2. Deux arrêts antérieurs de la même Cour du 21 novembre 1929 (*Journ. Soc.*, 1930, p. 594) et 11 avril 1930 (*Journ. Soc.*, 1934, p. 221) sont généralement présentés (v. PROUVOST, thèse Lille, 1946, n° 42) comme traducteurs de l'opinion rigoureusement contraire. En réalité, il semble que les faits de ces deux espèces différaient de ceux de l'affaire soumise à la Cour en 1939 et qu'il s'agit moins d'un revirement d'opinion que d'une solution imposée en l'espèce.

pour appuyer sa décision : le cautionnement. La thèse du cautionnement est inapplicable en l'espèce. Les auteurs s'accordent, en général, pour définir le cautionnement comme un acte libre et gratuit.

Gratuite ? La souscription de parts ne l'est jamais. Le souscripteur touche, en effet, sous forme d'association aux chances de gains de la société, l'équivalent de sa part sociale. Mais est-il exact de soutenir que le cautionnement soit un acte gratuit par essence ? Il ne le semble pas. Le caractère gratuit est déduit du caractère unilatéral : la caution seule s'oblige envers le créancier qui ne lui fournit rien en échange. Le Code civil voit dans le cautionnement un service amical, mais il y a loin de là à prétendre que la gratuité soit de l'essence du cautionnement. « Rien ne s'oppose à ce que celui qui se porte caution ne stipule une véritable indemnité en compensation des risques auxquels il s'expose et des difficultés que présente son recours », écrivaient déjà Aubry et Rau [1]. Lorsque, dans la pratique des affaires, une banque donne caution, elle fait toujours rémunérer son intervention et calcule le taux de sa rémunération sur un taux identique à celui d'une opération de crédit, (à laquelle elle assimile d'ailleurs le cautionnement qu'elle fournit). La Cour de Paris risque une affirmation un peu hasardeuse lorsqu'elle déclare :

> Or, considérant qu'il est admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que le cautionnement est un des contrats absolument interdits au tuteur.

Si la jurisprudence et la doctrine se sont accordées pour interdire au tuteur de cautionner au nom du mineur, bien que la loi ne formule ce principe nulle part [2], c'était en vertu de la prohibition absolue faite au tuteur de procéder à des donations, acte gratuit très dangereux pour le mineur (art. 903, 904 et 1398 C. civ.). Par voie d'analogie, on a proposé d'interdire au tuteur d'effectuer un cautionnement gratuit au nom du mineur [3]. En conclusion, il est possible d'affirmer que, lorsque le cautionnement n'est pas gratuit (c'est-à-dire s'accommode d'une contre-partie, et la souscription de parts d'une société à responsabilité en comporte), rien n'empêche le tuteur de cautionner au nom de l'incapable.

---

1. *Cours de droit civil français*, 4e éd., t. IV, § 423, p. 675. *Adde:* Duranton, XVIII, 300 ; Ponsot, n° 21 ; Troplong, n° 15 ; Pont, II, 16 ; Zachariae, § 423 *a*, note 1 *in fine:* Rouen, 4 décembre 1827 (*S.* 28-2-91) ; Limoges, 23 janvier 1847 (*S.*, 48-2-124).

2. V. Ripert, note préc., p. 46 ; Prouvost, thèse précitée, p. 72. V. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 424. Ces derniers auteurs posaient même que « toute personne capable de s'obliger est, par cela même, capable de se rendre caution ».

3. V. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. I : « Les personnes », par Savatier, n° 588, et Houpin, Chronique : « De la participation d'un mineur à la constitution d'une société à responsabilité comprenant des apports en nature » (*Journ. Soc.*, 1934, p. 216).

Mais le cautionnement doit être un acte libre, spontané. Et c'est ce caractère qui doit faire douter de la valeur de l'opinion de la Cour de Paris. L'article 2015 du Code civil précise que le cautionnement ne se présume point. Il suffit, mais il faut que la volonté de se porter caution soit exprimée [1]. Soutiendra-t-on que l'incapable qui entre dans une société à responsabilité limitée, soit parce qu'il hérite des parts de son père prédécédé, soit parce que la société anonyme dont il faisait partie a décidé la transformation, se porte caution de l'évaluation des apports en nature ? Le fait que son représentant légal a voté la transformation de la société anonyme peut-il être considéré comme constituant « la volonté de la part du mineur de se porter caution »? Evidemment non.

L'obligation de garantie qui pèse sur l'incapable n'est pas voulue par lui, mais lui est imposée par la loi, c'est-à-dire par l'article 8 de la loi du 7 mars 1925, dans l'intérêt des tiers. Il y a là un cas de solidarité légale, très semblable à la solidarité des associés en nom collectif pour les dettes de la société (art. 22 C. com.) et à la solidarité au paiement à laquelle l'article 151 du Code de commerce soumet les signataires d'une lettre de change envers le porteur (*cf.* art. 185 C. com. pour le billet à ordre et l'art. 4 D.-L. 30 octobre 1935 pour le chèque) [2]. La Cour s'est mal exprimée. L'obligation qu'impose au mineur ou à l'interdit l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 est une hypothèse de solidarité légale.

C'est bien en ce sens que le Tribunal civil de Belfort vient de statuer, dans un jugement du 26 janvier 1951 [3] :

> ...L'engagement solidaire des associés apparaît comme une conséquence légalement obligatoire du contrat de société, qui lui-même est un contrat synallagmatique à titre onéreux... L'engagement solidaire est une des données du contrat...

Le jugement, très nettement, pose le principe de la participation du mineur à une société à responsabilité limitée. Certes, le mineur peut trouver dans la participation à une société de cette nature des avantages certains ; s'il acquiert la qualité d'associé par héritage des parts sociales de son père, prédécédé, sa famille et lui-même peuvent avoir le plus grand intérêt à ce qu'il puisse entrer et rester dans la société. Le Tribunal civil de Belfort, qui représente le dernier état de la jurisprudence sur la question, manifeste donc une tendance favorable au mineur en validant son entrée dans la société à responsabilité limitée.

Mais il faut se garder d'approuver sans réserve cette jurisprudence car la situation du mineur n'en demeure pas moins délicate. L'obli-

---

1. *Cf.* Chambéry, 2 décembre 1878 (*S.*, 79-2-53); Toulouse, 1er février 1889 (*D.*, 90-2-53).

2. Sur tous ces points, v. RIPERT, *Tr. élém. de droit civ.*, t. I, 3e éd., n° 185 sq., et AUBRY et RAU, *Cours de dr. civ. français*, 4e éd., t. IV, § 298.

3. *J.C.P.*, 1952-11-6794, note D. B.

gation légale de garantie qui pèse sur lui, au cas où des apports en nature figurent dans le capital, le soumettent au risque de la responsabilité solidaire de l'article 8. Cette situation est, il faut bien le noter, en opposition avec le statut civil du mineur qui contient des règles essentiellement protectrices de ses intérêts.

La participation d'un mineur à une société à responsabilité limitée est souhaitable, mais elle présente des dangers réels lorsqu'il existe des apports en nature. N'y a-t-il pas moyen de rendre l'entrée du mineur dans la société à responsabilité limitée moins hasardeuse en cherchant à éliminer l'inconvénient découlant de l'article 8 ?

142. — *Conclusion. Palliatifs possibles.* — Nous ne distinguons pas, comme le font certains, selon que le mineur a fait lui-même apport d'un bien en nature ou selon qu'il s'est borné à participer au vote de transformation. Nous avons dit ailleurs que, selon nous, le fondement de l'article 8 (l'intérêt des tiers) doit conduire à poser en règle objective que tous les associés, même ceux qui n'ont pas assisté à l'acte, même ceux qui sont entrés postérieurement à la formation de la société à responsabilité limitée voient leur responsabilité engagée [1]. La responsabilité du mineur semble donc mise en jeu en toute hypothèse [2]. Cela étant, n'y a-t-il pas un moyen de permettre, malgré tout, au mineur, d'entrer en société à responsabilité limitée avec le minimum de risques ? En d'autres termes, n'y a-t-il pas un terrain d'entente, un moyen terme possible qui concilierait l'intérêt des tiers (l'évaluation sincère entourée de garanties) et celui du mineur (qui peut avoir le plus grand intérêt à faire partie d'une société de ce type) sans porter atteinte aux règles que pose le droit civil pour la protection des incapables ? On peut songer à trois palliatifs, de valeur inégale, dont nous apprécierons les qualités respectives chemin faisant.

Il est possible, tout d'abord, de songer à une *homologation par le Tribunal* après délibération du conseil de famille. Nous ne pensons pas que cette solution soit bonne. La responsabilité qui pèse sur les associés, en vertu de l'article 8, est lourde. Si cette obligation à sujets multiples ne peut être analysée en un cautionnement, il n'en reste pas moins qu'elle est grave, et rien ne prouve que la jurisprudence, quitte à renoncer à y voir un cautionnement et à la qualifier différemment, ne continuera pas à l'assimiler aux actes qui sont complètement inter-

---

1. V. *supra*, n° 47 à 51. Nous pensons aussi que cette règle s'étend à la responsabilité qu'entraîne l'augmentation de capital réalisée même partiellement, par voie d'apports en nature.

2. V. *contra:* H. Lecompte (*Journ. Soc.*, 1949, p. 26), qui distingue selon que le concours du représentant du mineur est absolument indispensable pour que soient réunis le quorum et la majorité nécessaires à la validité du vote de l'assemblée générale, d'où résultera la transformation ou, au contraire, selon que la délibération peut être prise en dehors de lui, les autres actionnaires réunissant eux seuls le quorum et la majorité suffisante pour approuver une telle mesure.

dits au tuteur, même avec l'autorisation du conseil de famille et homologation du Tribunal, tels que la donation ou la signature d'un compromis [1]. Au reste, le système protecteur créé par le droit civil (autorisation par le conseil de famille et homologation du Tribunal) ne concerne que des actes réellement effectués, des faits constatables, une aliénation, la passation d'un acte. Quelle serait ici la forme que revêtirait l'homologation du Tribunal ? Qu'homologuerait-il ? L'entrée du mineur en société ? Il y était déjà au moment où la transformation a eu lieu. D'ailleurs, qu'est-ce que l'homologation du Tribunal, sinon l'autorisation d'agir en un sens déterminé ? L'autorisation du Tribunal aurait-elle pour effet d'écarter du mineur la solidarité légale qui découle de l'article 8 ? Nous voyons mal en vertu de quels principes un Tribunal, dont le but est d'appliquer la loi et de l'interpréter lorsqu'une de ses dispositions est confuse, opposerait sa propre volonté à un texte impératif et fort intelligible.

On peut songer ensuite à une *convention de porte-fort*. Le tuteur, représentant légal du mineur, pourrait se porter fort pour le mineur, en vertu de l'article 1120 du Code civil et promettre, selon la formule consacrée, que « le tiers consentira à s'obliger ». La promesse de porte-fort, dans le domaine des incapacités, apparaît comme un moyen d'échapper à la réglementation compliquée qui régit la gestion des biens des incapables. Le porte-fort s'analyse en une obligation personnelle du promettant. Il agit sans en avoir reçu l'habilitation préalable. L'incapable n'est pas lié et pourra toujours refuser la ratification. Ce palliatif serait très satisfaisant s'il n'était à craindre que le mineur, devenu majeur, ne ratifiât point la décision prise par son tuteur. Dans ce cas, en effet, il semble qu'il pourrait intenter une action en justice en vue de faire annuler le vote émis en son nom [2], ce qui serait gênant pour les associés et les tiers créanciers.

On peut enfin songer à l'*expertise*, au moment de la transformation. Le fait, pour le tuteur, de procéder à l'expertise supprime le problème et réduit à néant les sources de difficultés pour lesquelles les règles du droit civil pourraient s'appliquer. Il n'y aura plus, en effet, à se demander si la présence du mineur dans une société à responsabilité limitée est régulière et conforme aux règles du droit commun en matière de protection des incapables, puisque le risque qui pourrait incliner à l'application des règles du Code civil, le danger d'une évaluation non sincère, n'existe déjà plus au moment où la société se transforme. En matière de partage, quand il y a des mineurs, on

---

1. M. Cotelle remarquait déjà (*Bull. Soc. Etudes législ.*, 1927, p. 302) que : « Lorsque les copropriétaires d'un immeuble, parmi lesquels existent des mineurs, ont un emprunt hypothécaire à contracter, le conseil de famille se réunit, puis le Tribunal homologue la décision du conseil. Or, le Tribunal ne manque jamais de dire « sans solidarité », tant il est opposé aux engagements solidaires imposés au mineur ».

2. V. Lecompte (*Journ. Soc.*, 1949, p. 28) et Planiol et Ripert (*Droit civ. français*, t. I, n° 290).

s'adresse au Tribunal qui nomme des experts. Pourquoi ne pas agir de même en notre hypothèse ? Avec le système de l'expertise, l'article 8, en perdant [1] sa cause, perd sa raison d'être, et le problème est résolu, préventivement, avant même d'avoir été soulevé. Le Tribunal civil de Rouen, le 12 décembre 1949 [2], se rallia à cette opinion :

Attendu, sans qu'il soit besoin d'examiner le bien-fondé de cette argumentation (le raisonnement de la Cour de Paris sur le cautionnement), qu'il suffit, pour l'écarter, d'observer qu'elle perd sa valeur dès lors qu'il est établi que l'évaluation de l'apport en nature est faite à un juste prix, puisque l'éventualité d'une action des tiers en vertu des articles 8 et 10 de la loi de 1925 se trouve dès lors écartée;

Attendu qu'il ressort en l'espèce d'une expertise comptable, etc...

Nous retenons donc l'expertise comme l'un des moyens les meilleurs qui permettent à un mineur, sans aucun risque, de participer à la transformation de sa société (où existent des biens en nature) en une société à responsabilité limitée. Ce palliatif n'est nullement exclusif d'une convention de porte-fort, et tous les intérêts en présence ne peuvent que gagner à ce cumul.

VI. — Présence d'époux dans la société qui se transforme.

143. — La prohibition des sociétés entre époux, que la jurisprudence appliquait depuis longtemps aux sociétés de personnes [3], fut étendue à la société à responsabilité limitée par un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 15 février 1937 [4]. Bien que les circonstances de fait semblent ôter à cette décision le caractère d'un arrêt de principe [5], la plupart des auteurs considèrent que l'arrêt du 15 février 1937 a étendu la prohibition des sociétés entre époux à la société à responsabilité limitée [6].

Au fondement très général de la prohibition des sociétés entre époux, la friction entre les règles du Droit civil et celles du Droit commercial, s'ajoute ici une considération supplémentaire ; lorsque des époux font avec des tiers une société à responsabilité limitée, les règles légales qui assurent la marche de la société à l'aide de décisions majoritaires

---

1. M. Drouets avait songé à cette solution (*Bull. Soc. Etudes législatives*, 1927, p. 293).
2. *D.H.*, 1950-J-289, et note G. Ripert ; *J.C.P.*, 1950-II-5797, note D. Bastian.
3. V. *supra*, n° 112.
4. Cass. req., 15 février 1937 (*Journ. Soc.*, 1937, 349, note H. Lecompte). V. également la note Rousseau (*S.*, 1937-1-169).
5. Il y avait eu fraude entre les époux et un créancier.
6. V. par exemple Ripert, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 2e éd., n° 815.

risquent de se trouver faussées, l'étroite intimité qui existe entre les époux risquant de les faire voter dans le même sens. Cette menace est d'autant plus réelle, souligne-t-on, que la plupart des sociétés à responsabilité limitée comprennent peu de membres [1].

La femme jouant à l'usine, dans son ménage, à la tête de son commerce, un rôle de plus en plus actif dans la société contemporaine, la prohibition de la société entre époux semble périmée. Cette prohibition est d'autant plus étrange que le législateur admet par ailleurs le contrat de travail entre époux [2]. La résistance au principe de la nullité des sociétés entre époux devait nécessairement partir de la société à responsabilité limitée, à raison de la vogue de ce type de société et des intérêts certains que deux époux trouvent à participer à une société de cette nature.

La Cour de Lyon admit, le 3 mai 1948, que la nullité pouvait être couverte. Une société à responsabilité limitée avait été constituée entre trois personnes. Quelque temps après la constitution, deux d'entre elles, un jeune homme et une jeune fille s'épousèrent. Quatre semaines après le mariage, le mari céda à sa femme les parts qu'il possédait. Le troisième associé prétendit alors faire tomber la société, nulle comme conclue entre époux, soutenait-il. La Cour repousse sa prétention en considérant que le vice (« à supposer qu'il existât... ») avait disparu, par suite de la cession des parts sociales avant l'introduction de la demande tendant à faire tomber la société [3].

Cette jurisprudence fut suivie par le Tribunal civil de Limoges qui, dans un jugement du 17 février 1949, rejeta l'action en nullité, le vice ayant disparu par suite du divorce, avant que l'action eût été intentée [4].

Exactement dans la même ligne vient s'inscrire le jugement récent du Tribunal civil de Strasbourg du 25 mai 1951 : l'un des époux était décédé avant que la nullité de la société eût été invoquée et demandée à justice. Postérieurement à son décès, les deux autres associés, le conjoint et le fils du défunt, avaient ratifié les divers pactes sociaux. Cette fois, c'était le propriétaire de l'immeuble où la société à responsabilité limitée exerçait son activité qui invoquait la nullité pour faire interrompre le bail. Le Tribunal civil de Strasbourg repousse cette demande, le décès de l'un des époux et la ratification des pactes sociaux par les survivants ayant effacé le vice (sur l'existence duquel le jugement fait d'ailleurs les plus expresses réserves) [5].

Ainsi donc, aux termes de cette jurisprudence récente, le vice résultant de nullité pourra être couvert, soit par le décès d'un des

---

1. En ce sens, RIPERT, *op. cit.*, n° 815.
2. V. la loi de budget du 14 avril 1952.
3. *D.*, 1949, 46, note G. COHENDY ; *Journ. Soc.*, 1949, 34 ; *J.C.P.*, 1948-11-4508, note D. BASTIAN.
4. *Journ. not.*, 1949, note JAVON ; *Gaz. Pal.*, 1949-2-41 ; *J.C.*, 1949-11-4951 ; *Journ. Soc.*, 1949, 198.
5. *J.C.P.*, 1951-11-6494, note WEILL.

conjoints, le divorce des époux, la cession des parts sociales ou la ratification des pactes sociaux. Certes, tout intéressé conserve le droit d'invoquer la nullité. Mais ce vestige de la théorie classique des nullités absolues a une portée très restreinte ici puisque, dans bien des cas, pour ne pas dire toujours, l'intéressé se heurtera à une cause de disparition ou de couverture du vice.

En vertu de cette constatation simple, mais absolument décisive, selon laquelle un principe n'existe que dans la mesure où il s'applique, on peut voir, dans la tendance croissante de la jurisprudence à restreindre, voire à écarter la nullité des sociétés entre époux, la préface à la disparition du dogme traditionnel de la prohibition. Le principe a été posé par la jurisprudence. C'est elle qui est en train de l'effacer. Et cette prévision n'est pas une vue de l'esprit. Elle trouve un appui très ferme dans les dernières décisions en la matière qui ne se contentent plus d'éluder le principe en refusant d'en tirer les conséquences mais qui vont jusqu'à nier le principe lui-même :

> Attendu, lisons-nous dans l'arrêt précité de la Cour de Lyon du 3 mai 1948, que l'appui, tiré du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, est des plus fragiles à l'encontre des sociétés constituées antérieurement au mariage ; qu'ainsi, en ce qui concerne ces dernières, le vice dont le mariage entre deux associés peut venir les infecter est, *en supposant qu'il existe,* si léger qu'il est impossible de le considérer sérieusement comme indélébile.

La décision du Tribunal civil de Limoges du 17 février 1949 est analogue et s'abrite d'ailleurs, pour plus de prudence, derrière la haute autorité des magistrats lyonnais. Les mêmes termes inspirent le jugement du Tribunal civil de Saint-Jean-de-Maurienne du 22 novembre 1949 [1]. Allant plus loin, et ne se bornant plus à émettre des doutes sur l'existence du principe de la prohibition des sociétés entre époux, le Tribunal civil de Strasbourg, dans son jugement précité du 25 mai 1951, tire un véritable coup de semonce en proclamant textuellement, et sans aucune précaution verbale :

> Attendu que le principe étant la liberté des conventions, la société, à défaut d'un texte la prohibant, est valable entre époux.

Une décision récente du 8 août 1952, émanant du Tribunal de commerce de la Seine, statue dans le même sens [2].

En attendant que cette orientation nouvelle de la jurisprudence reçoive confirmation par la Cour de cassation, il semble raisonnable lorsqu'une société anonyme adopte la forme à responsabilité limitée par voie de transformation et que des époux ayant des intérêts dis-

---

1. *J.C.P.*, 1950-11-5472, note D. B.
2. *Quotidien juridique*, 3-5 janvier 1953.

tincts se trouvent au nombre des associés, de faire effectuer par l'un d'eux les cessions d'actions nécessaires qui lui permettront de se débarrasser de ses titres [1]. Il est bien certain qu'il n'y a pas lieu d'envisager l'hypothèse d'une transformation de société en nom collectif ou en commandite simple en société à responsabilité limitée, au regard de la question de la prohibition des sociétés entre époux, puisque cette prohibition s'étend également — et peut-être sutout — à ces deux types de sociétés de personnes.

1. V. dans le même sens: H. LECOMPTE, *Journ. Soc.*, 1949, 20.

CHAPITRE III

SANCTION DU DÉFAUT D'OBSERVATION DES CONDITIONS IMPOSÉES PAR L'ADOPTION DE LA FORME NOUVELLE

144. — *Observations générales.* — Nous avons vu que les règles édictées en matière de constitution des sociétés s'appliquent à la transformation dans la mesure où le changement de forme impose leur respect [1]. Dans cette mesure, le droit commun des nullités est applicable à l'hypothèse de transformation. Nous trouverons donc en notre matière les atténuations traditionnelles : couverture du vice par sa régularisation postérieure et prescription de l'action en nullité.

Il est nécessaire, avant d'aborder l'étude des nullités qui peuvent affecter la transformation des sociétés, d'observer en cette matière que les règles du droit commercial s'éloignent radicalement de celles qui suivent le droit civil. En matière de sociétés, il est impossible de déduire avec rigueur les conséquences qui découlent de la nature de telle ou telle nullité. L'esprit du droit des affaires ne le permet pas. Les nécessités pratiques imposent à chaque type de nullité des règles propres. Un auteur a pu, à cet égard, écrire l'excellente remarque suivante :

> On peut dire, paraphrasant une formule médicale suivant laquelle il n'y a pas de maladie, il n'y a que des malades, que, dans notre domaine, il n'y a pas de nullités, il n'y a que des actes nuls, soumis chacun à un régime particulier [2].

145. — *Diverses hypothèses de nullités.* — Les nullités qui peuvent affecter une société qui se transforme se groupent en deux séries d'hypothèses distinctes : nullités pour vice de constitution originaire et nullités pour vice de transformation.

Lorsqu'une société change de forme, l'être moral se perpétue sous la forme nouvelle. Si la constitution de la société sous sa forme première était infectée d'un vice (inobservation d'une règle requise par

---

1. Voir *supra*, nos 101 à 143 inclus.
2. G. Cohendy, sous Lyon, 3 mai 1948 (*D.*, 1949-46).

la loi à peine de nullité) et que ce vice subsiste, n'ayant pas été réparé ou effacé par la prescription, la société peut être annulée, après sa transformation, l'être moral étant le même. La société sera ainsi annulée, sous sa forme nouvelle, à raison de l'irrégularité de sa constitution sous l'ancienne forme [1].

D'autre part, la transformation peut être annulée à raison de vices propres. Il en va ainsi lorsque la société qui change sa forme ne respecte pas les règles constitutives essentielles inhérentes au type nouveau. Dans le cas où l'opération de transformation est viciée et annulée, la société continue à vivre, mais sous sa forme primitive [2].

146. — *Régime des nullités en matière de transformations.* — Les lois de 1867 et de 1925 contiennent, en ce qui concerne les nullités, des règles rigoureusement analogues. La loi du 7 mars 1925, en particulier, qui institue et énumère en son article 9 les causes de nullité des sociétés à responsabilité limitée, n'a établi entre ces causes, suivant la gravité des infractions, aucune distinction. Ainsi a statué la Cour de cassation, le 29 novembre 1948, en matière de non-libération de parts [3].

Le vice est couvert par la *prescription* de cinq ans. Le point de départ du délai de prescription se situe à la date à laquelle le vice a existé, c'est-à-dire au jour où la transformation est intervenue. On ne saurait étendre la fiction de pérennité de l'être moral au point de faire remonter rétroactivement ce point de départ à l'origine même de la constitution de la société sous sa forme primitive. Ce raisonnement aboutirait à cette conclusion absurde que la nullité s'appliquerait à une formalité que les associés n'étaient pas encore tenus d'accomplir. La prescription commence donc à courir du jour de la transformation.

Outre la prescription, la *régularisation postérieure,* comme de droit commun, efface le vice. L'action en nullité est éteinte dès lors que le vice résultant de la non-observation de la formalité a été réparé avant l'introduction de l'instance [4]. La rédaction que le décret-loi du 30 octobre 1935 donne aux lois de 1867 et de 1925 est des plus libérales. L'article 8 de la loi du 24 juillet 1867, dans sa nouvelle rédaction, précise, en effet, que :

> L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister avant l'introduction de la demande ou, en tout cas, au jour où le Tribunal statue sur le fond en première instance. Nonobstant la régularisation, les

---

1. Houpin et Bosvieux, 6e éd., n° 1008 ; Hémard, n° 295. *Adde:* Paris, 5 décembre 1881 (*D.*, 1881-1-356) et 7 avril 1887 (*Journ. Soc.*, 1891-557).

2. Houpin et Bosvieux, *idem* ; Hémard, *idem* ; Wahl (*Journ. Soc.*, 1910-165). *Adde:* Seine, 1er février 1892 (*Journ. Soc.*, 1893-351).

3. Cas. civ., sect. com. et fin., 29 novembre 1948 (*Rev. Soc.*, 1950-23).

4. V. Cass. req., 2 janvier 1940 (*Journ. Soc.*, 1941-313 et la note).

frais des actions en nullité intentées antérieurement seront à la charge des défendeurs. Le Tribunal, saisi d'une action en nullité, pourra même, d'office, fixer un délai pour couvrir les nullités. L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, cesse également d'être recevable lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister, soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le Tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité et, en outre, que trois mois se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue. Les actions en nullité ci-dessus visées sont prescrites par cinq ans.

Le même texte précise en outre :

Si, pour couvrir la nullité, une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne sera plus recevable à partir de la date de convocation régulière de cette assemblée.

L'article 10 de la loi du 7 mars 1925 utilise, mot pour mot, la même formule. Il faut cependant observer que l'article 8 de la loi de 1925, qui sanctionne, par une responsabilité solidaire et indéfinie vis-à-vis des tiers, la sincérité de l'évaluation des apports en nature, édicte une prescripton de dix ans. Cette sévérité, qui déroge à la prescription quinquennale de l'article 10, s'explique par l'importance que le législateur a accordée dans cette hypothèse, à la *protection des tiers* [1].

Lorsque la nullité de la transformation a été prononcée, le vice n'ayant été couvert ni par une régularisation, ni par le jeu de la prescription, les associés auxquels la nullité est imputable (c'est-à-dire ceux à qui incombait l'accomplissement des formalités qui n'ont pas été observées) sont responsables solidairement entre eux, et avec les premiers gérants, du dommage résultant de cette annulation.

Mais, même dans l'hypothèse où le vice a été couvert, une difficulté peut s'élever, provenant de la non-publication de la formalité. La prescription ou la couverture du vice peuvent laisser subsister cette cause de nullité qui est inopposable aux tiers. Le décret-loi du 30 octobre 1935 impose, en effet, la publicité de tous les actes modificatifs des statuts. La question est d'autant plus délicate que le point de savoir si la prescription quinquennale s'applique à l'action en nullité pour défaut de publication, est très controversé [2]. Mais l'esprit dans lequel le législateur a rédigé le décret-loi de 1935 permet, pensons-nous, d'étendre l'application de la prescription de cinq ans au défaut de publicité. La publicité tardive emporte réparation du vice (art. 58, L. 24 juillet 1867).

---

1. Bien que les articles 7 et 8 de la loi de 1925 aient le même fondement, nous avons vu que leur sanction n'était pas la même (v. *supra*, n° 106).

2. V. pour l'affirmative : Solus, *Réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1937*, p. 58, n° 62; Pic, *D.P.*, 1938-1-12; Escarra, n° 580. Pour la négative : Houpin et Bosvieux, *Traité*, suppl., p. 240; Bosvieux, *Journ. Soc.*, 1936, p. 528.

La demande en nullité d'une société par actions est largement ouverte. Fondée sur un vice constitutif, elle est recevable même si le demandeur, non complice des fraudes commises, connaissait le vice avant de s'engager dans la société ou de contracter avec elle [1]. Les créanciers personnels des associés peuvent agir directement en nullité de la société entachée d'un vice constitutif [2]. Les vices quelconques dont est affectée la constitution d'une société par actions, déclarée en faillite, ne peuvent être opposés par les associés au syndic agissant au nom des créanciers sociaux et réclamant les versements dus sur les actions souscrites [3].

147. — *Evolution de la jurisprudence vers le libéralisme.* — Les observations que nous venons de formuler sont relatives à la société anonyme et à la société à responsabilité. Mais la tendance de plus en plus libérale, justifiée par le particularisme du droit commercial et que le législateur a approuvée en 1935, qui évite l'application aveugle, automatique, de la sanction en permettant la réparation ou la prescription d'une nullité absolue, se retrouve dans les sociétés de personnes.

La Cour de Lyon rendit, le 3 mai 1948, un arrêt d'ailleurs remarquablement construit et motivé, qui marque un progrès très net de cette tendance dans la matière des nullités des sociétés constituées entre époux [4]. Une société à responsabilité limitée (cette précision n'a aucune importance et il est certain que la Cour a entendu statuer d'une manière très générale, compréhensive, des sociétés de personnes) avait été constituée entre trois personnes. Au bout de peu de temps, deux d'entre elles s'épousèrent. Un mois après le mariage, le mari céda à sa femme toutes les parts qu'il possédait. L'acte de cession avait été signifié à la société et publié au greffe du Tribunal de commerce. Le troisième associé assigna ses coassociés en dissolution et liquidation de la société, motif pris de ce que la nullité des sociétés entre époux avait produit, en l'espèce, un effet automatique et immédiat. La Cour rechercha si le vice avait été couvert et si, en fait, il l'avait été. Ayant répondu par l'affirmative à cette question, elle éluda la question de principe de la validité ou de la nullité de la société entre époux qui n'avait plus à se poser. Un auteur avait déjà opéré une distinction entre l'hypothèse où les deux époux sont les seuls associés et celle où ils se rencontrent avec d'autres associés :

La coexistence de deux époux dans une société valablement constituée fait naître seulement une situation irrégulière, qui doit prendre fin soit par

---

1. V. Civ., 25 février 1885 (*D.P.*, 1885-1-404) et Cass., 7 juillet 1931 (*Rev. Soc.*, 1932-10).

2. Req., 14 avril 1893 (*D.P.*, 1894-1-91) et Req., 20 novembre 1901 (*D.P.*, 1907-1-217).

3. Cass. civ., 18 juillet 1906 (*D.P.*, 1908-1-21).

4. *D.*, 1949-46, note G. Cohendy, et *J.C.P.*, 1948-11-4508, note D. Bastian.

la dissolution de la société..., soit par la cession que fera l'un des époux de ses droits sociaux [1].

Cette tendance doit être encouragée. Elle est un excellent palliatif contre les rigueurs de l'interdiction des sociétés entre époux dans la mesure où ce principe peut être maintenu. Mais on sait que la Jurisprudence, dans son état le plus récent, l'attaque avec audace [2].

1. Bosvieux, note sous Paris, 25 mai 1919 (*Journ. Soc.*, 1920-41) ; Houpin et Bosvieux, 7e éd., t. I, n° 70.

2. V. Trib. civ. Strasbourg, 25 mai 1951 (*J.C.P.*, 1951-II-6494, note Weill), et Trib. com. Seine, 8 août 1952, *Quotidien Juridique*, 3-5 janvier 1953.

CONCLUSION

Quand j'arrive dans une ville, je vais toujours sur le plus haut clocher, sur la plus haute tour, pour voir tout l'ensemble, avant de voir les parties; et, en la quittant, je fais de même, pour fixer mes idées.

MONTESQUIEU (*Journal de voyage*).

I

148. — Il est téméraire d'utiliser semblable méthode en abordant l'étude d'un problème de droit. Les questions à résoudre surgissent au fur et à mesure de la marche, et ce n'est guère qu'à la fin de la course que l'esprit possède des éléments de synthèse. C'est donc à ce stade qu'il importe de monter sur la tour, afin d'apercevoir les traits marquants du sujet.

L'idée que toute transformation, en principe, entraîne création d'une personne morale nouvelle, est une vue de l'esprit. Les juristes, comme les métaphysiciens, deviennent dangereux lorsqu'ils veulent réaliser leurs concepts, *in abstracto,* sans tenir compte des réalités. Le problème de la transformation, comme celui du transformisme, avec lequel il présente d'ailleurs des ressemblances, a été paralysé par les abus de raisonnement, et l'on est bien tenté d'adapter à la transformation des sociétés la citation de Lalande :

> Le transformisme est une vue de l'imagination et de la raison, destinée surtout à satisfaire des besoins intellectuels, et qui devra subir d'importantes et de profondes retouches dictées par l'expérience, avant de cadrer exactement avec les données réelles de la biologie [1].

Le changement de forme d'une société, en cours de vie sociale, n'affecte pas sa personnalité juridique. La question a pu demeurer longtemps douteuse et mystérieuse. Les décisions de jurisprudence, véritables boîtes à surprises, fournissent, en effet, un nombre égal d'arguments aux thèses les plus opposées. Il faut témoigner aux commentateurs de l'époque le respect que l'on manifeste en général envers les pionniers. Mais est-ce trahir un explorateur que marcher derrière lui pour arracher les mauvaises herbes qui ont repoussé sur son pas-

---

1. *Les illusions du transformisme,* p. 85.

sage ? Nous ne le pensons pas. Avec le recul du temps, la question apparaît avec suffisamment de netteté pour que l'on puisse poser avec certitude que *le simple changement de forme n'emporte jamais création d'un être moral nouveau* [1].

II

149. — La transformation des sociétés est de plus en plus facilitée par le législateur dans le but d'assouplir, dans l'intérêt même de l'économie du pays et de la prospérité générale, la vie des entreprises et afin de permettre aux associés d'atteindre à la plus grande efficacité sous la forme juridique la meilleure. Mais, en contre-partie, le législateur surveille cette faveur et impose à l'opération certaines limites qui en conditionnent l'application en vue de *protéger les tiers et le crédit*. Le souci de la protection des tiers est une des grandes dominantes du droit commercial. Les dispositions les plus importantes des lois de 1867 et de 1925 sont celles qui garantissent l'intégrité et la sincérité du capital social. Dans l'intérêt du crédit, les apports doivent être sincères. Tantôt la loi impose la vérification. Il en va ainsi dans la société anonyme. Tantôt, dans la société à responsabilité limitée, elle dispense les associés des lenteurs et des complications d'une telle procédure, mais elle fait peser sur eux une responsabilité solidaire (art. 8, L. 7 mars 1925). Le décret-loi du 30 octobre 1935 réduisit de dix à cinq ans le délai de prescription des actions en nullité pour vices de constitution des sociétés commerciales, mais laissa cependant subsister la période décennale pour la sanction de l'article 8. C'est dire le prix que le législateur accorde à l'*intérêt des tiers*. La notion d'intérêt des tiers domine le droit commercial [2].

La législation de ces dernières années révèle, de la part de l'Etat, une ingérence indiscrète et souvent inopportune, dans tous les domaines du droit. Et cependant, le législateur récent assigne une limite à son action : il s'applique à assurer la protection des tiers. La vague des nationalisations qui a tout emporté sur son passage, renversant les barrières juridiques que l'expérience et le temps avaient construites, a tenu le plus grand compte des tiers. C'est ainsi que le décret du

---

1. Il semble toutefois prudent de conseiller aux associés d'insérer, avant la transformation, un acte modificatif des statuts et d'effectuer, avant le changement de forme, l'augmentation de capital ou le changement d'objet (si on les avait envisagés), ces opérations, étant donnée l'incertitude des solutions jurisprudentielles sur la question, jointes au changement de forme, pouvant incliner un Tribunal à penser que la transformation a emporté disparition de l'être moral.

2. On la retrouve même dans la prohibition des sociétés entre époux. En effet, les liens étroits qui unissent deux époux permettraient, dans les sociétés comprenant peu de membres, de fausser les règles légales du calcul des décisions prises à la majorité des voix.

24 mars 1948, portant règlement d'administration publique relatif à l'augmentation du capital des sociétés d'assurances nationalisées [1], précise bien, dans son article 1er, que :

Les sociétés d'assurances et de capitalisation nationalisées sont dispensées des formalités légales prescrites pour l'augmentation et la libération du capital des sociétés anonymes, *sauf de celles édictées dans l'intérêt des tiers.*

La protection des tiers correspond à une nécessité. Le droit civil envisage et réglemente les rapports de simples particuliers. Le droit commercial a une zone d'application plus large [2].

III

150. — Les auteurs classiques redoutaient les complications qu'entraîneraient les transformations de sociétés s'il fallait, à chaque changement de forme, reproduire les conditions constitutives du type adopté. Mais n'y aurait-il pas une plus grande complication et une mine de difficultés sans nombre à admettre, par exemple, une société par actions comprenant en même temps des titres libérés du quart et d'autres du dixième seulement (ces derniers provenant d'une société à capital variable transformée)? Dans de pareilles conditions, les sociétés, acquises par voie de transformation, seraient des corps hybrides où fonctionneraient conjointement les règles du type précédent et les règles du type nouveau. L'être moral aurait deux statuts. L'intérêt des tiers serait bien évidemment sacrifié. Ils ne pourraient plus consulter l' « étiquette » dont parle Thaller :

Chaque type de société est une étiquette qui a, par elle seule, la vertu d'instruire instantanément le public, non sans doute du chiffre des garanties fournies, mais de leur nature, ainsi que la mesure suivant laquelle les associés engagent leur responsabilité [3].

Il serait bien malaisé d'ajouter un post-scriptum à cette étiquette !

L'unité de régime doit à tout prix être sauvegardée [4]. Le grand mérite de l'arrêt de la Chambre civile du 17 juin 1936 a été de le préciser et d'en donner le fondement : *l'intérêt des tiers.* Il faut rejeter les conséquences d'une fiction mal comprise et refuser d'admettre la coexistence de deux statuts légaux différents. Certaines règles, certaines dispositions de ces statuts pourraient s'opposer ou tout au moins se contrarier. Il y aurait là une source d'inconvénients qui entrave-

1. Décret n° 48-871 (*J.O.*, 27 mai 1948).
2. Le droit allemand tient lui aussi le plus grand compte de l'intérêt des tiers. Voir par ex. : § 306 HGB et §§ 6 et 7 (1° et 2°) de la *Umwandlungsgesetz.*
3. *Traité élémentaire de droit commercial*, 7e éd., n° 249.
4. Un arrêt de la Cour de Paris (3e Ch.) du 16 juin 1893 (*Journ. Soc.*, 1893-533) a perçu cette nécessité. V. la note signée : C. H.

raient la bonne marche de la société et éloigneraient la confiance des tiers. N'est-ce point l'incompatibilité de deux statuts différents (le régime matrimonial et le régime de certaines sociétés commerciales) qui a conduit à prohiber les sociétés entre époux ? Le crédit commercial, fondé sur la confiance et les nécessités pratiques qui impliquent rapidité et simplicité y trouverait-il son compte ? Nous ne le pensons pas.

IV

151. — Faut-il désirer une loi en la matière ? Un vœu a été émis en ce sens par la Corporation des Jurisconsultes du ressort de la Cour d'appel de Paris, le 18 novembre 1942 [1]. La manière étonnante dont le législateur contemporain — qui n'est pas toujours un juriste consommé ! — rédige certains textes [2] inclinerait peut-être à se contenter prudemment de l'état actuel. D'après Bentham, les juges d'Angleterre ont créé le *Common Law* de la même façon que quelqu'un fait des lois pour son chien, en attendant qu'il commette un méfait et en le battant ensuite pour cela. En ce qui concerne la transformation des sociétés, il en va de même chez nous. La construction prétorienne de la transformation des sociétés fournit, somme toute, des solutions assez satisfaisantes, en accord avec les principes généraux du droit.

La jurisprudence a dégagé tous les éléments du problème. Une loi devrait en faire la synthèse.

Nous pouvons constater l'avance que possède le droit français en la matière sur les législations voisines et notamment sur la législation allemande qui est pourtant très évoluée. Dès 1870, le problème de la transformation, en droit commercial français, fut aperçu et esquissé en termes remarquables [3]. Le Reichsgericht, même en 1910 [4], constatait l'impuissance du droit allemand à définir le concept de transformation. Malgré les progrès réalisés en ce domaine par les lois des 5 juillet 1934 (*Umwandlungsgesetz*) et 30 novembre 1937 (*Aktiengesetz*), la notion française de la transformation des sociétés est plus souple, plus élégante. Elle reconnaît à la volonté des contractants, en dehors d'une autorisation légale, le pouvoir, par des prévisions statutaires, d'assu-

---

1. V. *Rev. Soc.*, 1943, pp. 171 *sq.*

2. V., à titre d'exemple, l'arrêté du 5 novembre 1948 qui a défini les règles du mandat commercial sans aucun souci des principes juridiques, à tel point que le Conseil d'Etat a dû annuler cet arrêté (C.E., 23 avril 1948, *Gaz. Pal.*, 12-14 mai 1948, conclusions Lefas, D. 1948). Il faut sans doute voir dans cette tendance de l'Etat à légiférer par voie de simple arrêté dans les matières les plus importantes, un déclin du droit. V. Ripert, *Déclin du droit*, éd. 1949, n° 52, p. 159.

3. V. note anonyme sous Besançon, 15 juin 1869 (*S.*, 1870-1-125).

4. 1910. *im* Bd 74, S. 6.

rer la pérennité de leur société. En Allemagne, au contraire, la transformation emporte disparition de l'être moral et création d'une nouvelle pesonne morale.

Il serait bon qu'une loi distincte vienne enfin décider que le changement de forme, même accompagné d'un changement d'objet, d'une prorogation de durée, d'une augmentation ou d'une réduction du capital, n'entraîne jamais création d'un être moral nouveau. L'on doit d'autant moins hésiter à affirmer que le changement de forme ne fait pas disparaître la personne morale, que le fondement de la personnalité morale, qui est une « fiction technique », n'interdit nullement, bien au contraire, de respecter, à l'occasion d'une transformation, les règles constitutives qu'impose l'adoption d'une forme nouvelle.

En déterminant soigneusement la part qui revient au droit civil et celle qui revient au droit fiscal, l'existence d'une loi sur les transformations de sociétés poserait, en outre, et ce ne serait pas là son moindre mérite, le point final à bien des incertitudes. Ce traité d'alliance serait d'autant plus appréciable que le droit fiscal, en matière de sociétés comme dans bien d'autres domaines, prend une importance qui ne cesse de croître.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX DE DOCTRINE

ARTHUYS. — *Traité des sociétés commerciales*, 2e et 3e éditions.
AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 4e édition.
AUGER et MICHEL. — *Traité formulaire des sociétés à responsabilité limitée.*
BERTHÉLÉMY. — *Traité de droit administratif*, 10e édition.
BRETHE DE LA GRESSAYE et LEGAL. — *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 1938.
CHAMBAZ et LEBLOND. — *Précis des sociétés*, 1937.
COPPER-ROYER. — *Traité des sociétés*, 4e édition.
COPPER-ROYER. — *Les sociétés à responsabilité limitée en Droit français.*
COUTABLE. — *Les sociétés de famille et les sociétés à responsabilité limitée devant l'impôt*, 1950.
DE LAUBADÈRE. — *Manuel de droit administratif.*
DROUETS. — *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, 2e édition.
DUCROCQ. — *Cours de droit administratif*, 7e édition.
DUGUIT. — *Droit constitutionnel*, 2e édition, t. I.
ESCARRA et RAU. — *Traité théorique et pratique de droit commercial*, 1950 ; t. I : « Les sociétés commerciales ».
FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.*
FLOUCAUD-PÉNARDILLE. — *Des sociétés par actions.*
FOUILLÉE. — *Science sociale contemporaine.*
GOIRAND. — *Des sociétés commerciales.*
HÉMARD. — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 1re et 2e éditions.
HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 5e, 6e et 7e éditions.
JOLY. — *Dictionnaire du droit des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes.* Ve transformation.
LABORDE-LACOSTE. — *Exposé méthodique de droit commercial*, 3e édition.
LACOUR. — *Précis de droit commercial*, 5e édition, t. I.
LACOUR et BOUTERON. — *Droit commercial*, 2e édition.
LALANDE. — *Les illusions du transformisme.*
LECOUTURIER. — *Traité des parts de fondateur*, édition 1914.
LIPPMAN. — *La cité libre*, 1938.
LYON-CAEN et RENAULT. — *Des sociétés*, 4e édition, t. II et 5e édition, par AMIAUD.
MATHIEU et BOURGUIGNAT. — *Commentaire de la loi sur les sociétés.*

MICHOUD. — *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3e édition.
PARDESSUS. — *Cours de droit commercial*, t. IV, édition 1831.
PIC. — *Des sociétés commerciales*, 2e édition, t. II.
PIC et BARATIN. — *Des sociétés à responsabilité limitée*, 2e édition.
PIOT. — *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, 2e édition.
PLANIOL et RIPERT. — *Traité de droit civil*, t. I, « Les personnes », par SAVATIER, édition 1925.
PONT. — *Traité des sociétés*, t. II.
POTHIER. — Edition Dupin, 1827.
RENARD. — *Théorie de l'institution*, 1930.
— *La philosophie de l'institution*, 1939.
RIPERT. — *Droit maritime*, t. I.
— *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946.
— *Traité élémentaire de droit commercial*, 1re et 2e éditions.
— *Le déclin du droit*, 1949.
ROUSSEAU. — *Des sociétés commerciales*.
SOLUS. — *Réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1937*.
THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 7e édition.
THALLER et PIC. — *Des sociétés commerciales*, 2e édition, t. I.
VALENSIN. — *Traité de droit naturel*, t. II.
VAVASSEUR. — *Société civiles et commerciales*, 2e et 7e éditions.
WAHL. — *Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières*.

***

BRETHE DE LA GRESSAYE. — *Les personnes morales*, cours de doctorat (1947-1948). Non édité.
PALMADE. — *Cours de droit commercial* (1946-1947, 1949-1950). Non édité.
VIZIOZ. — *Droit civil comparé*, cours de doctorat (1947-1948). Non encore édité.

II. — NOTES DE JURISPRUDENCE ET ARTICLES DE REVUES

ADRIAN. — « Bibliographie méthodique des nationalisations », Collection *Droit social*, 1949, 358.
AILLET. — « Droit et sociologie », *Revue de métaphysique et morale*, 1923, 459.
AUGER. — Note sous Trib. civ. Corbeil, 18 février 1930 (*Rev. Soc.*, 1930, 16).
— Note sous Trib. com. Roanne, 15 avril 1931 et Lyon 18 décembre 1931 (*Rev. Soc.*, 1932, 88).
— « La transformation, *Rev. Soc.*, 1925, 257.
— « Une proposition de loi sur la transformation et la fusion des sociétés », *Rev. Soc.*, 1943, 171.
— « Les sociétés entre époux depuis la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. Soc.*, 1943, 217.
AULAGNON. — Note sous Trib. com. Toulouse, 13 novembre 1940 (*Sem. Jur.*, 1941, 1591).

BASTIAN. — Note sous Cass. civ., 30 décembre 1940 (*J.C.P.*, 1941, 1753).
— Note sous Lyon, 3 mai 1948 (*J.C.P.*, 1948-II-4508).
— Note sous Caen, 24 janvier 1949 (*J.C.P.*, 1949, 5294).
— Note sous Rabat, 15 mars 1949 (*J.C.P.*, 1949, 5223).
— Note sous Paris, 15 février 1950 (*J.C.P.*, 1950, 5544).
— « La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de la liquidation », *Journ. Soc.*, 1937, 1.
— « A propos de la transformation des sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée », *Journ. Soc.*, 1945, 81.
— « La communication aux comités d'entreprise de renseignements d'ordre financiers, *Journ. Soc.*, 1948, 329.
— « Les parts de fondateur et l'incorporation au capital de la réserve de réévaluation », *Journ. Soc.*, 1950, 65.
BAUDOUIN. — « Le régime des nullités dans les transformations de sociétés », *Semaine juridique*, 1936, 65.
BLAEVOET. — Note sous Conseil d'Etat, 15 juillet 1949 (*D.*, 1950-J-59).
BOSVIEUX. — « De l'augmentation du capital des sociétés à responsabilité limitée », *Journ. Soc.*, 1926, 321.
— Note sous Paris, 16 novembre 1929 (*Journ. Soc.*, 1930, 279).
BOURCART. — « De l'*intuitus personae* dans les sociétés », *Journ. Soc.*, 1927, 513.
CANTENOT. — « La révocation des gérants statutaires des sociétés à responsabilité limitée », *Rev. Soc.*, 1943, 141.
CHAUVEAU. — « Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés », *Rev. gén. de droit commercial*, 1938, 397.
CHIFFLET. — « A propos d'un arrêt récent de la Cour de cassation : la transformation des sociétés en sociétés à responsabilité limitée et l'évaluation des apports en nature », *Rev. Soc.*, 1937, 110.
COHENDY. — Note sous Lyon, 3 mai 1948 (*D.*, 1949, 46).
COPPENS. — *Journal des Tribunaux de Bruxelles*, 8 mai 1949.
CORDONNIER. — Note sous Amiens, 12 juillet 1929 (*Journ. Soc.*, 1929, 65).
— Note sous Trib. com. Nantes, 15 décembre 1930 (*Journ. Soc.*, 1934, 99).
— Note sous Cass. req., 29 décembre 1931 (*D.P.*, 1932, 1, 41).
— Note sous Cass. civ., 9 février 1937 (*Journ. Soc.*, 1937, 266).
— Note sous Paris, 24 juillet 1937 (*D.P.*, 1938, 2, 33).
— Note sous Paris 24 juin 1939 (*D.C.*, 1942-J-22).
— Note sous Cass. req., 11 septembre 1940 (*D.C.*, 1942-J-116).
— « La notion du gérant statutaire » (*Journ. Soc.*, 1931, 1).
— « Faut-il évaluer les apports en nature lorsqu'une société en nom collectif prend la forme à responsabilité limitée ? », *Journ. Soc.*, 1937, 129.
— « De l'emploi des réserves à l'augmentation du capital social », *Journ. Soc.*, 1943, 81.
— « De la cessibilité, entre associés, des parts d'intérêt d'une société en nom collectif », *Journ. Soc.*, 1946, 5.
— « Un problème à reprendre : les évaluations requises lors de la transformation d'une société en société à responsabilité limitée », *Journ. Soc.*, 1950, 122.
DALSACE. — « Les modifications apportées au droit des sociétés par le décret-loi du 31 août 1937 », *Rev. Soc.*, 1937, 306.
DALSACE et RIPERT. — « Les sociétés d'économie mixte de transports aériens et maritimes », *Rev. Soc.*, 1949, 1.

DELOISON. — « Caractères juridiques des sociétés commerciales. Des usages », *Journ. Soc.*, 1882, 584.
DELOS. — « La théorie de l'institution. La solution réaliste de la personnalité morale et le droit à fondement objectif », *Archives de philosophie du droit*, 1931.
DE PRÉCIGOUT. — « La nullité des transformations imposées aux sociétés alsaciennes par les autorités allemandes », *Gaz. Pal.*, 27 juin 1945.
DESCHARRONS. — « Faisons le point de l'article 7 ter », *Impôts et sociétés*, 1950, 1428.
DE SOLA CANIZARES. — « Les sociétés commerciales au Brésil », *Rev. Soc.*, 1949, 119.
DOLBEAU. — « Les Oil Royalties américaines », *Rev. gén. droit com.*, 1939, 621.
DONNEDIEU DE VABRES. — Note sous Conseil d'Etat, 2 avril 1943 (*D.C.*, 1944, 52).
ESCARRA. — « Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions », *Annales de droit commercial*, 1911, 333.
HAMEL. — « La personnalité morale et ses limites », chronique *D.H.*, 1949, 141.
HAURIOU. — Note sous Tribunal des conflits, 8 décembre 1899 (*S.*, 1900-111-49).
— Note sous Conseil d'Etat, 3 mai 1948 (*S.*, 1920-3-57).
— « L'institution et le droit statutaire », *Rec. de législation de Toulouse*, 1906.
— Préface à la thèse de M. RIGAUD, *Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle*, Toulouse 1912.
— « La théorie de l'institution et la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée*.
HÉMARD. — Note sous Trib. com. Seine, 27 septembre 1946 (*J.C.P.*, 1947-11-3411).
HOUPIN. — Note sous Cass. req., 26 octobre 1910 (*Journ. Soc.*, 1911, 11).
— Note sous Paris, 21 décembre 1933 (*Journ. Soc.*, 1934, 308).
— « De la participation d'un mineur à la constitution d'une société à responsabilité limitée comprenant des apports en nature », *Journ. Soc.*, 1934, 216.
LACOUR. — « Dans quels cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-elles pour effet de dissoudre cette société et de créer une société nouvelle ? », *Journ. Soc.*, 1913, 97.
LAGARDE. — « Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession d'un droit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928.
— Note sous Cass. req., 23 février 1944 (*S.*, 1946-1-91).
LALOU. — « L'incapacité de l'homme marié », *D.P.*, 1941-11-1.
LECOMPTE. — « De l'incorporation de la plus-value de réévaluation au capital social », *Journ. Soc.*, 1947, 1.
— « De la transformation des sociétés anonymes en sociétés à responsabilité limitée », *Journ. Soc.*, 1949.
LÉPARGNEUR. — « La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée », *Journ. Soc.*, 1925, 257.
LESCOT. — Note sous Cass. civ. (section commerciale), 23 janvier 1950 (*J.C.P.*, 1950-11-5355).
LUCHAIRE. — « Le statut des entreprises publiques », collection *Droit commercial*, 1947, 257.

LYON-CAEN. — Note sous Cass. civ., 22 avril 1901 (*S.*, 1902-1-5).
LYON-CAEN (Gérard). — « Les diverses formules de nationalisation », collection *Droit social*, 1945, 42.
MAZEAUD. — « De la liquidation des sociétés entre époux », *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1928.
MOLIÉRAC. — « De quelques difficultés relatives à la cession des parts dans les sociétés à responsabilité limitée », *Rev. Soc.*, 1937.
— « Des clauses d'égalisation, d'agrément, de préemption, de conservation de l'actif social, de continuation de la société avec les héritiers du défunt et du juste prix », *Rev. Soc.*, 1949, 241.
NIBOYET. — Note sous Colmar, 29 octobre 1925 (*S.*, 1927-2-33).
PIC. — Note sous Cass. civ., 17 juin 1936 (*D.P.*, 1938-1-9).
PIOT. — « Observations sur l'objet des sociétés commerciales du point de vue de la théorie de l'institution », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1930, 45.
PORTEMER. — « Du contrat à l'institution », *J.C.P.*, 1947, 586.
PRÉLOT. — « La théorie de l'institution et la technique juridique », *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 20.207.
RAULT. — Chronique *Rev. trim. droit com.*, 1950, 74.
RIPERT. — Note sous Paris, 23 décembre 1939 (*D.C.*, 1941, 45).
— Note sous Cass. civ., 12 novembre 1946 (*Rev. Soc.*, 1949, 142).
— Note sous Caen, 24 janvier 1949 (*Rev. Soc.*, 1949, 397).
— Note sous Trib. civ. Seine, 7 décembre 1949 (*D.*, 1950-J-198).
— Note sous Trib. civ. Rouen, 12 décembre 1949 (*D.H.*, 1950-J-289).
— « Deux types nouveaux de sociétés commerciales », chronique *D.C.*, 1944, 5.
RIVÉRO. — « Le nouveau statut de la compagnie Air-France », collection *Droit social*, 1949, 264.
ROUSSEAU. — Note sous Cass. civ., 27 juillet 1936 (*S.*, 1936-1-369).
— Note sous Cass. civ., 9 février 1937 (*S.*, 1937-1-129).
— Note sous Cass. req., 3 novembre 1937 (*S.*, 1938-1-9).
SAUVY. — « La situation économique », collection *Droit social*, 1948, 132.
SOLUS. — « Portée et effet de la révocation du gérant d'une société à responsabilité limitée », *J.C.P.*, 1944, 437.
THALLER. — Note sous Cass. civ., 30 mai 1892 (*D.*, 1893-1-105).
— « Du droit de préemption que se réserve une société pour écarter les acheteurs de ses actions », *Annales de droit commercial*, 1903, 103.
VEAUX. — « La responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales et la notion juridique d'entreprise », *Journ. Soc.*, 1947, 213.
VEDEL. — « La technique des nationalisations », collection *Droit social*, 1946, 49.
WAHL. — « De la transformation des sociétés », *Journ. Soc.*, 1910, 97.
WALINE. — « Les nationalisations », collection *Droit social*, 1945, 84.

III. — THESES

BEAUVOIS. — *Des apports effectués aux sociétés à responsabilité limitée*, Paris, 1937.
BÉRESNIKOFF. — *De la mesure dans laquelle les dispositions législatives sur les sociétés à responsabilité limitée sont d'ordre public*, Paris, 1937.

BRIGUET-LAMARRE. — *Les clauses de cessibilité des droits sociaux*, Bordeaux, 1948 (dactyl., 187 pages).
CAMERLYNCK. — *De l' « intuitus personae » dans la société anonyme*, Paris, 1929.
CARREAU. — *La société de famille*, Bordeaux, 1952.
CHAMBARIÈRE. — *Statut juridique et fiscal des sociétés coopératives agricoles*, Bordeaux, 1949 (dactyl., 429 pages).
DAVID. — *Protection des minorités dans les sociétés par actions*, Paris, 1928.
DESQUEYRAT. — *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, Paris, 1933.
GOMPEL. — *De la fusion des sociétés anonymes*, Paris, 1908.
KAYSER. — *Société ou association*, Nancy, 1928.
MOLIÉRAC. — *Etude sur les sociétés entre époux*, Bordeaux, 1917.
MOURLAQUE. — *Transformation des sociétés existantes en sociétés à responsabilité limitée de la loi du 7 mars 1925*, Paris, 1927.
PROUVOST. — *Essai de solution des questions controversées concernant le régime juridique actuel de la société à responsabilité limitée*, Lille, 1946.
ROUGE. — *De la transformation des sociétés commerciales*, Dijon, 1902.
SIGAUT. — *Les deux sortes de sociétés anonymes. La société privée et la société faisant appel à l'épargne publique*, Grenoble, 1942.
WORMS. — *Organisme et société*, Paris, 1896.

IV. — OUVRAGES DE LANGUE ANGLAISE

GELDART (W.-M.). — *Elements of english law*, 4 th edition, 1948.
MAITLAND. — « Trust und Korporation », *Grünhut's Zeitschrift*, 1904, t. XXXI, p. 1.
— *Palmer's Company law*, 19 th edition, 1949.
SCHMITTHOFF (Clive-M.). — « La réforme du droit anglais des sociétés », *Rev. Soc.*, 1946, 131.
— Cours de droit comparé professé à Londres, au City of London College (été 1949).
SHAW LIVERMORE. — *On early american land Compagnies, their influence on corporate Development*, New-York, 1939.
WERTHEIMER. — *On clubs.*

V. — OUVRAGE DE LANGUE ALLEMANDE

a) OUVRAGES GENERAUX

BOESEBECK. — *Betrachtung zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften*, Frankfurt, a. M., 1937.
BÖTTCHER-MEILICKE. — *Kommentar zum Umwandlungsgesetz von 1934*, Berlin, 4 Aufl. 1937.
CRISTOLLI-GROSCHUFF. — *Umwandulung und Löschung von Kapitalgesellschaften*, 4 Aufl. 1935.
CRISOLLI-GROSCHUFF-KAEMMEL. — *Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften*, 3 Aufl. 1937.

DURINGER-HACHENBURG. — *Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und die Steuererleichterungen*, H.G.B., 11 Band, 3 Teil 1935.
ENNECCERUS-LEHMANN. — *Lehrbuch des bügert. Rrechts.*, 2 Bd. 1 Bearb., Marburg 1930.
FISCHER. — *Natürliche und juristische Personen*, Leipzig, 1905.
HÖLDER. — *Das Problem der Identität und der Neuheit*, Breslau, 1892.
LEHMANN (Heinrich). — *Handelsrecht*, 11 Teil 1949.
LEHMANN (Karl). — *Lehrbuch des Handelsrechts*, 3 Aufl., Leipzig, 1921.
LEHMANN-RING. — *Kommentar zum B.G.B. und seinen Nebengesetzen. Das Handelsgesetzbuch für das deustche Reich*, 2 Aufl., Berlin 1 Bd. 1914, 2 Bd. 1913.
LION (Max). — *Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften*, Berlin, 1935.

b) ARTICLES DE REVUES

BARELLA (Max). — *Neue juristische Wochenschrift*, 1951, Heft 2, S. 57 ff.
BRÖNNER. — *Der Betriebsberater*, 20/30 Dezember 1949, S. 721.
DHALGRÜN. — *Der Betriebsberater*, 20/30 Dezember 1950, S. 917.
GESSLER. — « Deutsches Gemein-und Wirtschaftsrecht », *V.*, 1 März 1937, S.I.
GIERKE. — *Archiv. Bürq.*, 19, 116.
HACHENBURG (Max). — *Süddeutsche Juristen Zeitung*, 1947, Sp. 607.
HEUER. — *GmbH-Rundschau*, 1950, S. 132/133.
LEHMHANN (Karl). — *Zeitschrift für das gesamte Handels-und Konkursrecht*, Z.H.R., 50/10 f.
SCHLEGELBERGER. — *Dt Justiz.*, 1936, S. 1649 ff.
ZAHN. — *Bankarchiv*, 1934, 430 ff.

c) THESES

BECHER. — *Aufbau, Organisation und Umwandlung der Aktiengesellstchaft. nach dem Aktiengesetz vom 30 Januar 1937 unter besonderer Berückschitigung des Problems der Anonymität und seine Uberwindung in der Wirtschaft des Nationalsozialistischen Staates*, Köln, 1938.
BINDSCHEDLER. — *Der Nationalitätswechsel der Aktiengesellschaft*, Zürich, 1940.
EISNER. — *Umwandlung von Gesellschaftsformen*, Marburg, 1916.
FUNK: — *Die Umwandlung von Handels-Gesellschaften unter Wahrung der Identität*, Heidelberg, 1940.
KOLHLER. — *Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften durch Mehreitbeschluss*, Leipzig, 1938.
MÉHDÉVI. — *Umwandlung der Kapital in Personalgesellschaften*, Berlin, 1938.
SCHILLING. — *Drei Jahre Umwandlungsgesetz. Eine Studie über das Wesen und die Umwandlung von Kapitalgesellschaften*, vom 5 Juli 1934, Köln, 1937.

SIEGWART. — *Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personalgesellschaften, ein rechtliches und betriebswirtschaftliches Problem,* Frankfurt-am Maim 1938.

VON ZEZSCHWITZ. — *Gleichstellung der juristischen Person mit der dahinterstehenden natürlichen Person bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschr. Haftung,* München, 1939.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(*Les chiffres renvoient aux numéros, non aux pages.*)

A

Actions :
- d'apports en nature, 83, 121 à 128.
- clauses restrictives de cessibilité, 42, 43.
- libération (voir ce mot).

Agrément (clause d') :
- dans la S.A.R.L., 69.
- dans la société par actions, 43.

Apports en nature (dans la S.A.R.L. en général) :
- augmentation de capital (par voie d'), 48, 49.
- évaluation, 40, 49, 70, 102 à 109, 128 à 131 (dans la société par actions), 207.
- expertise, 50, 70, 142.
- mineur (voir *Capacité*).
- responsabilité, 49, 50, 70, 106.

Approbation des apports (dans la société par actions), 46, 47, 128 à 132.

Assemblées générales :
- extraordinaires, 43, 48.
- ordinaires, 43.

Associations familiales, 92, 94.

Associations syndicales de propriétaires, 92, 94.

Augmentation de capital (voir *Apports en nature*).

B

Boni de liquidation, 62.

C

Capacité :
- femme mariée (voir *Epoux*).
- interdits, 49, 140.
- mineurs, 113, 140 à 143.

Capital :
- augmentation par voie d'apports en nature : dans la S.A.R.L. 48, 49, dans la société par actions, 124.
- sincérité, 105, 115.
- souscription intégrale, 117, 121.
- variabilité 5, 119.

Cautionnement, 141.

Cession de titres, 40 à 44, 53, 54, 55, 66 à 70, 72.

Commanditaires, 3.

Commandités, 3.

Comités d'entreprise, 11.

Comités d'organisation, 92, 94.

Consentement (à la transformation) :
- actionnaires, 39 à 55.
- associés des S.A.R.L., 64 à 73.
- associés des sociétés de personnes, 37.
- gérant statutaire des sociétés de personnes, 38.
- obligataires, 39, 55 à 64.
- porteurs de parts, 39, 55 à 64.
- sanctions (du défaut de), 74.
- Droit allemand, 73.

Conventions matrimoniales (immutabilité des), 112.

Coopératives, 3, 15 (droit fiscal), 24.

Copropriété, 130, 131.

Corps semi-publics, 94.

D

Donations entre époux, 112.
Droit d'apport, 78, 90 (fusion de sociétés).
Droit comparé :
Droit allemand, 1, 19, 73, 96, 114, 151.
Droit anglais, 97.
Droit fiscal :
Droit français, 6, 12 à 19, 78, 90.
Droit allemand, 19.

E

Engagements (*augmentation des*), 40, 47 à 51, 64, 69, 70, 71, 72.
Epoux (*société entre*) :
sociétés de personnes 112.
S.A.R.L., 143.
sanction de la prohibition, 147.
Evaluation (voir *Apports en nature*).
Expert-comptable, 11.
Expertise (voir *Apports en nature*).
Fiction (*théorie de la*) :
Droit français, 49, 61, 77, 80, 82, 83, 126, 130, 150, 151.
Droit anglais, 97.

F

Fonds de commerce (sa définition dans la société de famille), 6.
Fraude, 107, 127, 143, 146.
Fusion :
Droit français, 83, 89 à 92.
Droit allemand, 73.

G

Garantie (*obligation de*), 141.
Gérant :
société de personnes, 38.
S.A.R.L., 38.

I

Immutabilité (voir *Conventions matrimoniales*).
Impôt (*l'*) *des sociétés*, 12 à 19.
Incapables (voir *Capacité*).
Indivision, 80, 130.
Institution (*théorie de l'*), 49, 81, 82.
Interdit (voir *Capacité*).

L

Libération des titres :
actions, 83, 117.
parts sociales, 102, 105, 136, 137, 138.
sanction, 106.
variabilité du capital, 5, 119.

M

Mandat commercial, 151.
Masse :
des obligataires, 55, 61.
des porteurs de parts, 55.
Mineur (voir *Capacité*).
Modification des statuts :
Droit français, 49, 51, 86, 87.
Droit allemand, 96.
Droit anglais, 97.

N

Nationalisation, 92 à 95.
Nationalité (*des sociétés*), 83, 86.
Négociabilité :
des titres ordinaires, 40, 41, 44, 61, 83.
des actions d'apports en nature, 121 à 128.
Novation :
Droit français, 28, 32, 79, 85.
Droit allemand, 96.
Nullités (voir *Consentement, Epoux, Transformation*).

O

Obligations (voir *Consentement*).
Option (droit fiscal), 16.
Ordres professionnels, 92, 94.

P

Parts de fondateur (voir *Consentement*).
Parts sociales (voir *Cession et Evaluation*).

Personnalité morale :
nature juridique, 79 à 84.
survie après la dissolution, 83.
Droit allemand, 96.
Droit anglais, 97.
Plus-values, 17, 78.
Porte-fort, 142.

Préemption (clauses de) :
sociétés par actions, 44.
S.A.R.L., 43, 68.
Prescription (des actions en nullité), 100, 109, 144, 146, 148.
Président-directeur, 10, 40.
Prohibition (des sociétés entre époux), voir *Epoux*.
Publicité, 1, 87.

R

Rachat (des obligations et des parts bénéficiaires), 56, 57.
Réalité (théorie de la), 82.

Règles constitutives :
sociétés de personnes, 111 à 115.
sociétés par actions, 115 à 135.
S.A.R.L., 133 à 144.
sanctions (du défaut de respect des), 144 à 148.
Réserves (incorporation des, au capital), 60.

Responsabilité :
sociétés de personnes, 3, 17, 40, 46.
sociétés de capitaux, 40, 46, 51.
S.A.R.L., 49, 106.
Réévaluation, 102 à 110, 130.
Révocation (du gérant), 38.

S

Sanctions (voir *Consentement et règles constitutives*).

Sociétés par actions :
caractères généraux, 3.
régime fiscal, 15, 16.
voir *actions, consentement, obbligations, parts de fondateur, règles constitutives, transformation.*

Sociétés à capital variable :
libération des titres, 119.
nature juridique, 5.
Sociétés de chasse, 92, 94.
Sociétés civiles, 3, 13, 14, 15, 16, 23, 49.
Sociétés coopératives (voir *Coopératives*).
Sociétés d'économie mixte, 92.
Société de famille, 6.
Société en participation, 82.

Sociétés de personnes :
caractères généraux, 3.
régime fiscal, 13, 14, 16.
voir *cession de parts, consentement, époux, gérant, mineur, règles constitutives, transformation.*
Sociétés professionnelles, 92.

Sociétés à responsabilité limitée :
caractères généraux, 3.
nature juridique, 6.
régime fiscal, 13, 15, 16.
titres négociables, 61.
voir *boni de liquidation, cession de parts, consentement, époux, gérant, libération des parts, mineur, règles constitutives, transformation.*
Solidarité (légale), 49, 141.
Sursis d'imposition, 6, 78.
Surtaxe progressive, 6, 13, 14, 16, 57.

T

Taux (minimum des actions), 116.

Taxe :
additionnelle, 60, 90 (fusion de sociétés).

du droit d'apport, 78.
hypothécaire (fusion), 90.
proportionnelle, 13, 14, 78.
Tiers (protection du) en Droit commercial, 1, 46, 77, 78, 100 à 110, 120, 126, 130, 133, 136, 138, 139, 146, 149, 150.
Transcription (droit de) dans la fusion, 90.
Transformation :
conditions (voir *consentement, règles constitutives*).
nature juridique :
étude analytique, 21 à 36.
étude synthétique, 75 à 98.
Droit allemand, 96.
Droit anglais, 97.
sanctions, 74, 144 à 148.

V

Vente (entre époux), 112.
Vérification des apports (dans la société par actions), 46, 47, 130.
Veto, 44.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7

1. *Avant-propos* 9

SECTION I. — DOMAINE D'APPLICATION DE LA THÉORIE DES TRANSFORMATIONS DE SOCIÉTÉS 11

2. *Remarques préliminaires* 11

§ 1. — 3. *Les types classiques de sociétés* 11

§ 2. — *La société à capital variable et la « société de famille »* 13

4. *Remarques* 13

I. — 5. *La société à capital variable* 13

II. — 6-7. *La société de famille* 15

SECTION II. — DES DIVERS MOTIFS QUI PEUVENT INCITER UNE SOCIÉTÉ A CHANGER SA FORME 17

8. *Remarques préliminaires* 17

§ 1. — *Raisons d'ordre juridique* 18

9. Observations générales. — 10. *a*) La notion de direction dans les sociétés anonymes (LL. 18 septembre, 16 novembre 1940 et L. 4 mars 1943. — 11. *b*) Les comités d'entreprise et la présence d'experts comptables (ord. 22 février 1945 et L. 16 mai 1946) . . 19

§ 2. — *Raisons d'ordre fiscal* 20

12. Remarques. — 13. Généralités sur le régime fiscal des sociétés. — 14. *a*) Sociétés du premier groupe. — 15. *b*) Sociétés du second groupe. — 16. *c*) Régime de l'option. — 17. Incidence du régime fiscal sur les transformations de sociétés. — 18. Conclusion 24

§ 3. — 19. *Droit comparé* 25

20. Plan d'étude 28

TITRE PREMIER

ABANDON DE LA FORME ANCIENNE

CHAPITRE PREMIER

Nature juridique.

L'abandon de la forme ancienne implique-t-il la disparition de l'être moral ? 31

LE SYSTÈME CLASSIQUE SUR LA NATURE JURIDIQUE DE LA TRANSFORMATION.

21. *Avant-propos* 31

SECTION I. — LA TRANSFORMATION N'EMPORTE PAS DISPARITION DE L'ÊTRE MORAL 32

22. *Remarques* 32

§ 1. — *Transformation opérée en vertu de la loi* 32

23. *a*) Transformation des sociétés civiles 32
24. *b*) Transformation des sociétés commerciales 33

§ 2. — Transformation opérée en vertu des statuts primitifs 37

25. Observations générales 37

I. *Justification de ce principe* 37

26. Position du problème. — **27.** *a*) Justification par la jurisprudence. — **28.** *b*) Justification par la doctrine. — **29.** Opinion de Wahl. — **30.** Opinion de Lacour. — **31.** Opinion de M. Auger .. 43

II. — **32.** *Contenu de l'expression « statuts primitifs »* 45

SECTION II. — LA TRANSFORMATION EMPORTE DISPARITION DE L'ÊTRE MORAL 45

33. *Remarques préliminaires* 45

§ 1. — **34.** *Silence de la loi et des statuts* 46

§ 2. — **35.** *La transformation est opérée dans des conditions différentes de celles que prévoyaient les statuts ou la loi* 47

CHAPITRE II

Conditions imposées par l'abandon de la forme ancienne pour réaliser la transformation : du consentement des associés à l'opération.....

51

36. *Avant-propos* 51

SECTION I. — CONSENTEMENTS EXIGÉS DANS LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES 51

37. Principes généraux. — **38.** Consentement du gérant statutaire 52

SECTION II. — CONSENTEMENTS EXIGÉS DANS LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS 57

39. *Remarques préliminaires* 57

§ 1. — *Consentement des associés* 57

40. Observations générales 57

I. *Atteinte à la libre cessibilité du titre* 60

41. Distinction entre la nature juridique de l'action et celle de la part sociale. — **42.** L'action est avant tout un titre cessible. — **43.** Mais la cessabilité de l'action peut être entravée par des clauses. — **44.** Ces clauses augmentent-elles les engagements des actionnaires ? — **45.** Conclusion 67

II. — *Aggravation de la situation personnelle de l'associé* 67

45 *bis.* Remarques 67

A) *Principes généraux* 67

46. Rappel de quelques principes. — **47.** L'article 8, L. 1925 aggrave la situation de l'actionnaire. — **48.** Opinion contraire de M. Lecompte. — **49.** Réfutation de cette opinion. : *a*) Sur le terrain juridique. — **50.** *b*) Sur le terrain pratique 75

B) *Dirficultés particulières tenant à l'existence d'actions dont les porteurs sont inconnus ou dissidents au moment de la transformation* 76

51. Remarques générales. — **52.** La loi de 1925 ne peut être intégralement respectée. — **53.** Opinion de M. Bastian. Critique.. 80

54. Difficultés de fonctionnement de la société transformée 83

§ 2. — *Consentement des non-associés* (obligataires et porteurs de parts de fondateur) 84

55. Remarques générales 84

A) *Disparition des titres* 85

56. Rachat des obligations. — **57.** Rachat des parts de fondateur 85

B) *Transformation des titres* 86

58. Plan d'étude 86

1° Avant la transformation de la société 86

59. Interdiction de convertir obligations en actions. — **60.** Transformation des parts de fondateur en actions 87

2° Après la transformation de la société 88

61. Transformation des obligations. — **62.** Transformation des parts de fondateur 94

C) **63.** *Conclusion* 95

SECTION III. — CONSENTEMENTS EXIGÉS DANS LES SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE 96

64. *Remarques préliminaires* 96

§ 1. — *Transformation de la société à responsabilité limitée en société de personnes* 98

65. Remarques 98

A) *Atteinte à la libre cessibilité du titre* 98

66. Remarque. — **67.** Cessions entre associés. — **68.** Cession aux tiers. — **69.** La part sociale est-elle augmentée ? 101

B) **70.** *Aggravation de la situation personnelle de l'associé* 103

C) **71.** *Conclusion* 103

§ 2. — **72.** *Transformation de la société à responsabilité limitée en société par actions* 104

SECTION IV. — **73.** DROIT COMPARÉ 104

CHAPITRE III

74. Sanction du défaut des consentements nécessaires pour réaliser l'opération de transformation 109

TITRE II

ADOPTION DE LA FORME NOUVELLE

CHAPITRE PREMIER

Nature juridique.

L'adoption d'une forme nouvelle implique-t-elle la création d'un être moral nouveau ? 113

SYNTHÈSE DU PROBLÈME. — ESQUISSE D'UNE THÉORIE.

75. *Avant-propos* 113

SECTION I. — INTÉRÊTS DE LA QUESTION 114

76. Observation préliminaire. — **77.** *a*) Intérêts civils. — **78.** *b*) Intérêts fiscaux 115

SECTION II. — LA DIVERSITÉ DES TYPES DE SOCIÉTÉS MET-ELLE OBSTACLE A L'EXISTENCE D'UN FONDEMENT UNIQUE DE LEUR PERSONNALITÉ MORALE ? 117

79. Observations préliminaires 117

§ 1. — **80.** *Remarque préalable : les sociétés sont dotées de la personnalité morale* 118

§ 2. — *Du fondement véritable de la personnalité des sociétés, personnes morales de droit privé* 120

81. Considérations générales. — **82.** Le concept de personnalité morale est une « fiction juridique ». — **83.** Applications jurisprudentielles de cette idée 125

SECTION III. — APPLICATION DES PRINCIPES DÉGAGÉS AU PROBLÈME DE LA TRANSFORMATION DES SOCIÉTÉS 129

§ 1. — *Nature juridique de la transformation d'une société : novation ou opération de simple administration ?* 129

84. Double sens du terme « société ». — **85.** L'idée de novation est insoutenable. — **86.** La transformation est une modification des statuts. — **87.** Sens exact de l'expression « modification des statuts » 136

§ 2. — *Distinction de la transformation et d'hypothèses voisines : la fusion et la nationalisation* 137

88. Observation préliminaire 137

I. — *Transformation et fusion* 137

89. Remarques générales. — **90.** Le droit fiscal est favorable à l'opération de fusion. — **91.** Nature juridique de la fusion 139

II. — *Transformation et nationalisation* 142

92. Evolution historique des nationalisations. Divers types. — **93.** Caractères d'une nationalisation. — **94.** Nature juridique de la nationalisation 146

SECTION IV. — DROIT COMPARÉ 149

95. Remarques 149

§ 1. — **96.** *Droit allemand* 149

§ 2. — **97.** *Droit allemand* 152

CHAPITRE II

Conditions imposées par l'adoption de la forme nouvelle pour réaliser la transformation 157

98. Avant-propos 157

SECTION I. — RECHERCHE D'UN CRITÈRE GÉNÉRAL 158

§ 1. — **99-100.** *Divisions de la Doctrine* 158

§ 2. — *Critère fourni par l'arrêt de la Chambre civile du 17 juin 1936. L'intérêt des tiers* 160

101. Remarques 160

A) **102.** *L'arrêt du 17 juin 1936* 160

B) *Accueil réservé par la Doctrine à cette décision* 000

103. Remarque. — **104.** Première critique : l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 ne vise à la lettre que la société qui se crée originairement. Réfutation. — **105.** Deuxième critique : lorsqu'il n'y a pas apport concomitant de la transformation, on ne peut exiger une évaluation. — **106.** Réfutation. — **107.** Troisième critique : la menace qui pèse sur les tiers est illusoire. Réfutation 173

C) **108.** *Jurisprudence postérieure à l'arrêt du 17 juin 1936* 173

§ 3. — **109.** Conclusion 173

SECTION II. — APPLICATION DU CRITÈRE 174

110. Observations préliminaires 174

§ 1. — *Règles que doit respecter toute société qui se transforme en société de personnes* 175

111. Généralités 175

I. — **112.** *Présence d'époux dans la société qui se transforme* 175

II. — **113.** *Présence de mineurs dans la société qui se transforme* 177

III. — **114.** *Droit allemand* 178

§ 2. — *Règles que doit respecter toute société qui se transforme en société anonyme* 179

115. Observations générales 179

I. — **116.** *Taux minimum des actions ou des coupures d'actions* 180

II. — *Souscription de la totalité du capital social et versement du quart* 183

117. Le texte : article premier, alinéa 2, loi 24 juillet 1867. — **118.** Position de la Doctrine classique. — **119.** Abandon de cette position par la jurisprudence. — **120.** Justification de la solution jurisprudentielle 185

III. — *Négociabilité des actions d'apport en nature* 187

121. Le texte : article 3, alinéa 3, loi 24 juillet 1867. — **122.** Position de la doctrine classique. — **123.** La jurisprudence consacre l'opinion contraire. Mais une difficulté subsiste quant au point de départ du délai biennal. Evolution du problème. — **124.** *a*) Jugement du Tribunal de commerce de Marseille du 20 mai 1942. — **125.** *b*) Cassation de ce jugement par la Chambre civile (section commerciale) le 18 octobre 1949. — **126.** *c*) Jugement du Tribunal civil de la Seine du 7 décembre 1949, confirmé par l'arrêt de la Cour de Paris du 10 mai 1950. — **127.** Appréciation critique 194

IV. — *Evaluation et approbation des apports en nature* 197

128. Le texte : article 4, alinéa 4, loi 24 juillet 1867. — **129.** Ce texte doit être respecté au cas de transformation. — **130.** Opinion contraire de Lacour. — **131.** Réfutation de cette théorie 200

V. — **132.** *Nombre des associés* 202

§ 3. — *Règles que doit respecter toute société qui adopte la forme à responsabilité limitée* 203

133. Observations générales 203

I. — **134.** *Objet de la société* 204

II. — **135.** *Capital et parts sociales* 204

III. — *Libération intégrale des parts sociales* 205

136. Le texte : article 7, loi 7 mars 1925. — **137.** Que faut-il entendre par libération intégrale des parts ? — **138.** L'article 7 s'applique au cas de transformation 207

IV. — **139.** *Evaluation des apports en nature* 209

V. — *Présence des mineurs dans la société qui se transforme* 210

140. Portée de l'article 8 de la loi du 7 mars 1925. — **141.** Position de la jurisprudence. Critiques. — **142.** Conclusion. Palliatifs possibles 215

VI. — **143.** *Présence d'époux dans la société qui se transforme* 217

CHAPITRE III

Sanction du défaut d'observation des conditions imposées par l'adoption de la forme nouvelle 221

144. Observations générales. — **145.** Diverses hypothèses de nullité. — **146.** Régime des nullités en matière de transformation. — **147.** Evolution de la jurisprudence vers le libéralisme 224

148. CONCLUSION 227

BIBLIOGRAPHIE 233

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES 241

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES 245

Imprimerie Bière, 18, rue du Peugue, Bordeaux. — N° 396 imprimeur.